sui generis

TRAG MIT
IETERN

Der Mietvertrag mit mehreren Mietern

Unter besonderer Berücksichtigung der Wohn- und Geschäftsraummiete

Ruedi Ackermann

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

— Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
— Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
— Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
— Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Ruedi Ackermann

Der Mietvertrag mit mehreren Mietern

Unter besonderer Berücksichtigung der Wohn- und Geschäftsraummiete

sui generis, Zürich 2023

Meinen Eltern
Meinem Opa (†)

Vorwort

Ich bedanke mich herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Jörg Schmid, der für mich während des Verfassens der Dissertation stets Zeit fand und mich hervorragend betreute. Weiter danke ich der Zweitgutachterin, Frau Prof. Dr. iur. Karin Müller, und Herrn Prof. Dr. iur. Paul Eitel, dem Vorsitzenden des Expertenkollegiums. Besonderer Dank gebührt Olivier Heuberger und Daniel Brugger für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Gespräche.

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2021 eingereicht und im Juli 2022 von der Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern als Dissertation angenommen. Bei den zitierten Werken wurden die bis Ende Juni 2022 erschienenen Neuauflagen eingearbeitet. Vereinzelt wurden Entscheide des Bundesgerichts berücksichtigt, welche nach Einreichung der Arbeit ergangen sind.

Zug, im Januar 2023
Ruedi Ackermann

Inhaltsübersicht

Vorwort ... V
Inhaltsübersicht ... VII
Inhaltsverzeichnis ... IX
Abkürzungsverzeichnis ... XIX
Literaturverzeichnis ... XXIII

Einleitung ... 1

---

1. Teil: Die gemeinsame Miete und ihre wesentlichen Erscheinungsformen ... 3
1. Kapitel: Die gemeinsame Miete ... 3
2. Kapitel: Die wesentlichen Erscheinungsformen ... 4

---

2. Teil: Die Entstehung des gemeinsamen Mietvertrags ... 7
1. Kapitel: Der ursprüngliche Vertragsschluss ... 7
2. Kapitel: Die nachträgliche Entstehung des gemeinsamen Mietvertrags ... 32
3. Kapitel: Die Mietermehrheit – Allgemeines zur Rechtsanwendung ... 35
4. Kapitel: Abgrenzung zu anderen Vertragsverhältnissen ... 47

---

3. Teil: Das Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern ... 69
1. Kapitel: Die Begründung des Innenverhältnisses ... 69
2. Kapitel: Mitmieterschaft bei vorbestehender relevanter Rechtsbeziehung ... 96

---

4. Teil: Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags ohne Kündigung ... 107
1. Kapitel: Einvernehmliche Aufhebung des gemeinsamen Mietvertrags ... 107
2. Kapitel: Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache ... 119

---

5. Teil: Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags durch Kündigung ... 135
1. Kapitel: Allgemeines zur Kündigung bei mehreren Mietern ... 135

2. Kapitel: Kündigung des Vermieters gegenüber mehreren Mietern 161
3. Kapitel: Kündigung von mehreren Mietern gegenüber dem Vermieter 173
4. Kapitel: Mittelbare Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags 181

6. Teil: Kündigungsschutz beim gemeinsamen Mietvertrag 207
1. Kapitel: Die Rechte der Mieter nach der Kündigung im Überblick 207
2. Kapitel: Die Anfechtung der Kündigung bei der gemeinsamen Miete 209
3. Kapitel: Die Erstreckung des Mietverhältnisses mit mehreren Mietern 235
4. Kapitel: Fazit zur Anfechtung und Erstreckung durch mehrere Mieter 238

7. Teil: Die Rückgabe der Mietsache und ihre Durchsetzung 241
1. Kapitel: Rückgabe der Mietsache 241
2. Kapitel: Durchsetzung des Rückgabeanspruchs (Ausweisung) 247
3. Kapitel: Rückforderung des Mietzinsdepots 250

8. Teil: Zusammenfassung in Thesen 251

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XIX
Literaturverzeichnis XXIII

Einleitung 1

1. Teil: Die gemeinsame Miete und ihre wesentlichen Erscheinungsformen 3

1. Kapitel: Die gemeinsame Miete 3

2. Kapitel: Die wesentlichen Erscheinungsformen 4
I. Die einfache Wohngemeinschaft 4
II. Die eheliche Lebensgemeinschaft und die Lebensgemeinschaft von registrierten Partnern 4
III. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft 4
IV. Geschäftspartner 5
V. Die Erbengemeinschaft als Mieter 5
VI. Atypische Fälle 6

2. Teil: Die Entstehung des gemeinsamen Mietvertrags 7

1. Kapitel: Der ursprüngliche Vertragsschluss 7
I. Die am Vertragsschluss beteiligten Personen 7
1. Die Vertragsparteien 7
2. Die Vertreter und weitere Beteiligte 9
II. Der gemeinsame Vertragsschluss 10
1. Die wesentlichen Vertragspunkte 10
2. Die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen 11
III. Der gemeinsame Vertragsschluss durch einen Vertreter 14
1. Vorbemerkungen 14
2. Die Vertretung durch einen Mitmieter 15

IV. Pathologische Fälle **16**
1. Fehlende Unterschrift **17**
2. Fehlendes Vertretungsverhältnis **18**
3. Mitunterzeichnung durch einen Dritten **21**
V. Der Vertragsschluss bei vorbestehender Rechtsbeziehung **22**
1. Durch Ehegatten und eingetragene Partner **22**
2. Durch eine einfache Gesellschaft **23**
VI. Besonderes zur Gültigkeit **25**
1. Bei der gemeinsamen Miete bedeutsame Gültigkeitsmängel **25**
2. Ungültige Willenserklärung des Vermieters **26**
3. Ungültige Willenserklärungen eines einzelnen Mieters **26**
3.1. Grundsatz der Restgültigkeit **27**
3.2. Ungültigkeit als Einrede bei Solidarität **29**
3.3. «Faktische» Miete **30**
3.4. Das ungültige Innenverhältnis **31**
VII. Exkurs: Die Haftung mehrerer Mieter bei der Culpa in contrahendo **31**

---

2. Kapitel: Die nachträgliche Entstehung des gemeinsamen Mietvertrags **32**
I. Die Entstehung durch Rechtsgeschäft **32**
II. Die Entstehung durch Gesetz **34**
III. Die Abgrenzung zur blossen Einräumung von Benützungsrechten **34**

---

3. Kapitel: Die Mietermehrheit – Allgemeines zur Rechtsanwendung **35**
I. Die Rechtsnatur des gemeinsamen Mietvertrags **35**
II. Das Fehlen einer besonderen Regelung im Mietrecht **36**
III. Aussen- und Innenverhältnis **37**
1. Übersicht **37**
2. Vertragliche oder gesetzliche Grundlage des Innenverhältnisses **39**
3. «Aussenwirkung» des Innenverhältnisses **39**
IV. Schulden, Forderungen und Gestaltungsrecht **40**
1. Schulden **40**
2. Forderungen **45**
3. Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerechte **46**

4. Kapitel: Abgrenzung zu anderen Vertragsverhältnissen 47
I. Allgemeines 47
1. Ausgangslage 47
2. Abgrenzung anhand Vertragsauslegung 47
2.1. Gegenstand der Auslegung 48
2.2. Ziel der Auslegung und Methode 48
2.3. Auslegungsmittel 49
3. Beweislastfragen und Bedeutung der Vertragsgestaltung 50
II. Abgrenzungen im Einzelnen 51
1. Einfacher Mietvertrag 51
2. Mietverträge mit juristischen Personen und Gemeinschaften, die wie eine solche behandelt werden 52
3. Untermiete oder anderer Mitgebrauch der Sache 53
4. Personalsicherheit 55
4.1. Ausgangslage 55
4.2. Die Sicherheiten des Vermieters im Überblick 55
4.3. Beteiligung als Partei oder blosser Sicherheitsgeber 56
a Bedeutung des Wortlauts 56
b Umstände 57
c Sicherungsgeschäft trotz anderslautendem Wortlaut 59
d Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme? 60
4.4. Empfehlung für die Vertragsredaktion 62
5. Mietvertrag mit einer stillen Gesellschaft 64
6. Gesetzliche Einflussrechte von Dritten 65
7. Mehrere selbständige Mietverträge 65

3. Teil: Das Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern 69

1. Kapitel: Die Begründung des Innenverhältnisses 69
I. Die Mietermehrheit als Träger derselben Rechte und Pflichten 69
1. Die Mieter als Rechtsgemeinschaft 69
2. Die Rechtsgemeinschaften des schweizerischen Privatrechts 70
3. Die Unterscheidung der Rechtsgemeinschaften anhand der Interessenlage und Motivation für den Zusammenschluss 71
4. Die Unterscheidung der Rechtsgemeinschaften anhand der Entstehung 72

II. Gemeinsam Mietende als einfache Gesellschaft **72**
1. Überblick über die Voraussetzungen und praktische Bedeutung **73**
2. Der gemeinsame Zweck **73**
2.1. Allgemeines **73**
2.2. Der Abschluss von Rechtsgeschäften als gemeinsamer Zweck **75**
2.3. Die Zweckverfolgung bei der gemeinsamen Miete **77**
a Rechtsprechung des Bundesgerichts **77**
b Lehre **78**
c Umfang der gemeinsamen Zweckverfolgung **80**
3. Gemeinsame Kräfte und Mittel **82**
3.1. Allgemeines **82**
3.2. Beiträge bei der gemeinsamen Miete **83**
a Übersicht **83**
b Zur (blossen) Mitübernahme der Haftung als Beitrag i.S.v. Art. 531 OR im Besonderen **85**
4. Gesellschaftsvertrag und Form **88**
5. Bedeutung des Gesellschaftsverhältnisses aus Perspektive des Vermieters **90**
6. Interne Willensbildung und Vertretung der Gemeinschaft mit Bezug auf den Mietvertrag **91**
III. Mehrere Mieter im Erbfall **95**

---

2. Kapitel: Mitmieterschaft bei vorbestehender relevanter Rechtsbeziehung **96**
I. Ausgangslage und typische Fälle **96**
II. Gemeinsame Miete von Ehegatten **96**
1. Vorbemerkungen **96**
2. Gesellschaftsverhältnisse zwischen Ehegatten und Partnern **97**
2.1. Familienrechtliche Perspektive **97**
a Vertragliche Gestaltungsfreiheit **97**
b Ausdrückliche oder stillschweigende Gesellschaftsbildung **97**
c Stillschweigende Gesellschaftsbildung – nur zu «eheneutralen Zwecken» **98**
2.2. Die miet- und gesellschaftsrechtliche Perspektive **100**
3. Schlussfolgerung **102**
4. Verhältnis der gesellschaftsrechtlichen zu den eherechtlichen Normen **104**

III. Gemeinsame Miete einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ... **105**

4. Teil: Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags ohne Kündigung ... **107**

1. Kapitel: Einvernehmliche Aufhebung des gemeinsamen Mietvertrags ... **107**
I. Gesamthafte Aufhebung der gemeinsamen Miete ... **107**
1. Übersicht ... **107**
2. Abschluss des gemeinsamen Aufhebungsvertrags ... **108**
3. Wesentlicher Vertragsinhalt ... **109**
4. Auflösungszeitpunkt und Wirkung ... **110**
5. Form ... **111**
5.1. Formfreiheit ... **111**
5.2. Schriftformvorbehalt ... **113**
II. Einvernehmliches Ausscheiden eines Mitmieters (Vertragsänderung) ... **114**
1. Übersicht und Problemstellung ... **114**
2. Abschluss eines Abänderungsvertrags ... **115**
3. Form und konkludente Vertragsänderung ... **116**
III. Abgrenzung zu ähnlichen Phänomenen ... **117**
1. Schulderlass zwischen dem Vermieter und dem ausziehenden Mieter ... **117**
2. Haftungsfreistellung im Innenverhältnis ... **118**

2. Kapitel: Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache ... **119**
I. Rechtsnatur und Inhalt von Art. 264 OR ... **119**
II. Die gemeinsame vorzeitige Rückgabe der Mietsache ... **121**
1. Allgemeines ... **121**
2. Interne Willensbildung und Vertretung ... **122**
3. Abgrenzung: Unwirksame alleinige Rückgabe durch einen Mieter ... **122**
III. Gemeinsame Rückgabe mit Bezug auf einen Mitmieter ... **123**
1. Übersicht und Konstellationen ... **123**
2. Analoge Anwendung von Art. 264 und Art. 263 OR auf den Parteiwechsel ... **124**
2.1. Lehrmeinungen ... **124**
2.2. Rechtsprechung ... **126**

2.3. Eigene Stellungnahme ... 127
a Zur analogen Anwendung von Art. 264 OR ... 127
b Zur analogen Anwendung von Art. 263 OR ... 129
2.4. Fazit ... 130
IV. Vertragliche Lösungen zur Rückgabe ... 131
V. Zwischenfazit ... 133

5. Teil: Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags durch Kündigung ... 135

1. Kapitel: Allgemeines zur Kündigung bei mehreren Mietern ... 135
I. Die Kündigung als unteilbares aufhebendes Gestaltungsrecht ... 135
II. Form und Zustellung der Kündigung ... 136
1. Allgemeines ... 136
1.1. Formerfordernisse im Überblick ... 136
1.2. Zustellung und Empfang der Kündigung ... 137
2. Die Kündigung der Mieter ... 138
2.1. Formerfordernisse im Allgemeinen ... 138
2.2. Bei der Familienwohnung (Art. 266m OR) ... 140
3. Die Kündigung des Vermieters ... 144
3.1. Mehrere Mieter ... 144
3.2. Zustellung der Kündigung bei der Familienwohnung der Ehegatten oder eingetragenen Partnern ... 145
III. Vertretung bei mehreren Mietern ... 148
1. Allgemeines ... 148
2. Die Vertretung bei der einfachen Gesellschaft ... 149
3. Die Vertretung bei Ehegatten ... 149
4. Die Vertretung unter Erben ... 150
5. Sonderfälle ... 151
5.1. Vorgängige gegenseitige Bevollmächtigung zur Kündigung ... 151
5.2. Kündigung ohne Vollmacht ... 152
5.3. Kündigung des Mietvertrags in eigenem Namen ... 154
5.4. Kündigung durch einen Mieter bei unbekanntem Aufenthalt des Mitmieters ... 156
5.5. Missbräuchliche Berufung des Vermieters auf die Nichtigkeit einer Kündigung ... 157

IV. Die unwirksame Teilkündigung 158
1. Übersicht 158
2. Die Teilkündigung in persönlicher Hinsicht 158
3. Gegenkündigungstheorie: Ausnahmsweise Zulässigkeit der Teilkündigung? 160

---

2. Kapitel: Kündigung des Vermieters gegenüber mehreren Mietern 161
I. Allgemeines 161
1. Ordentliche und ausserordentliche Kündigung 161
2. Zurechnung von Kündigungsgründen bei verhaltensbedingten Kündigungen 162
II. Ordentliche Kündigung 164
III. Ausserordentliche Kündigungsgründe 165
1. Kündigung infolge Zahlungsverzugs 165
2. Kündigung wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht 167
3. Kündigung nach Veräusserung der Sache 169
4. Kündigung aus wichtigem Grund 169
5. Kündigung infolge Konkurses des Mieters 171

---

3. Kapitel: Kündigung von mehreren Mietern gegenüber dem Vermieter 173
I. Allgemeines 173
II. Kündigung aus wichtigem Grund 173
III. Kündigung nach Tod eines Mieters 177

---

4. Kapitel: Mittelbare Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags 181
I. Ausgangslage, Begriff und Problemstellung 181
II. Kein Recht auf Ausscheiden oder Austritt 182
III. Auflösung der einfachen Gesellschaft – einzelne Gründe 182
1. Erreichen oder Unmöglichkeit der Zweckverfolgung 183
1.1. Bedeutung des Gesellschaftszwecks 183
1.2. Besonderheiten bei der Auflösung von Gesellschaften zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern 184
1.3. Zweckerreichung 184
1.4. Unmöglichkeit der Zweckerreichung 185
a Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft infolge Trennung 187
b Weitere Fälle 189

2. Gegenseitige Übereinkunft ... 190
3. Tod eines Gesellschafters ... 191
4. Zeitablauf ... 192
5. Ordentliche Kündigung ... 192
6. Auflösung aus wichtigem Grund (Auflösungsklage) ... 193
7. Ausserordentliche Kündigung nach Art. 27 ZGB ... 195
IV. Liquidation der einfachen Gesellschaft ... **195**
1. Allgemeines ... 195
2. Beendigung von gemeinsamen Mietverträgen ... 196
2.1. Unbefristete Mietverträge ... 196
a Anspruch auf Mitwirkung zur Beendigung ... 196
b Sonderfall: Familienwohnung bei Ehegatten und eingetragenen Partnern ... 197
2.2. Befristete Mietverträge ... 197
3. Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsübernahme ... 198
4. Sonderfragen ... 198
4.1. Auswirkungen der Auflösung und Liquidation auf die Beitragspflicht der Mietenden ... 198
4.2. Missbräuchliches Begehren um Liquidation ... 200
5. Die gerichtliche Anordnung der Liquidation im Besonderen ... 200
5.1. Klage auf Abgabe einer Willenserklärung – Übersicht ... 200
5.2. Aktiv- und Passivlegitimation ... 201
5.3. Ausgewählte prozessuale Fragen ... 201
a Streitwert ... 201
b Verfahren ... 203
c Rechtsbegehren ... 203
V. Fazit zur mittelbaren Auflösung des Innenverhältnisses ... **204**

---

6. Teil: Kündigungsschutz beim gemeinsamen Mietvertrag ... **207**

---

1. Kapitel: Die Rechte der Mieter nach der Kündigung im Überblick ... **207**

---

2. Kapitel: Die Anfechtung der Kündigung bei der gemeinsamen Miete ... **209**
I. Sachlegitimation ... **209**
1. Allgemeines ... 209
2. Notwendige Streitgenossenschaft bei mehreren Mietern ... 209

2.1. Die Kündigungsanfechtung als Gestaltungsklage 209
2.2. Erfordernis des gemeinsamen Schlichtungsbegehrens 210
2.3. Kein nachträglicher Einbezug von Parteien 212
3. Zulässigkeit der Anfechtung durch einzelne Mitmieter 212
3.1. Wohnraummiete 212
a Einzelanfechtungsrecht 212
b Die Sachlegitimation bei der Kündigung der Familienwohnung im Besonderen 214
c Die Sachlegitimation bei der Erbengemeinschaft im Besonderen 215
3.2. Geschäftsraummiete 216
4. Die Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung 216
5. Ausdehnung des Individualklagerechts auf andere mietrechtliche Gestaltungsklagen 217
6. Stellungnahme 218
6.1. Materiellrechtliche Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 218
a Eine Ausnahme vom Grundsatz des gemeinsamen Handelns liegt nicht vor 218
b Der Sozialschutz dient als Leitgedanke, aber nicht als Rechtsgrundlage 219
c Das Einzelanfechtungsrecht hebt das Gesamthand-prinzip aus den Angeln 220
6.2. Beschränkung des Einzelanfechtungsrechts auf Fälle des Sozialschutzes 221
6.3. Keine Ausdehnung auf andere Gestaltungsklagen 222
II. Prozessuale Besonderheiten des Einzelanfechtungsrechts und Lösungsvorschläge **223**
1. Ausgangslage 223
2. Die antizipierte Abstandnahme des nicht anfechtenden Mieters vom Prozess 223
2.1. Allgemeines und Fallgruppen 223
2.2. Form der Abstandserklärung 225
2.3. Wirkung der Abstandserklärung im Prozess 226
3. Prozessuale Unklarheiten beim Schlichtungsverfahren und vor Gericht 226
3.1. Zustellung der Vorladung bei unbekanntem Aufenthalt eines Beklagten 227
3.2. Säumnis eines Beklagten 227

3.3. Zustimmung zum Vergleich und Klageanerkennung durch die Beklagten ... 228
3.4. Ablehnung eines Urteilsvorschlags durch die Beklagten und Klagebewilligung ... 229
3.5. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Gerichtsverfahren ... 230
3.6. Ergreifen von Rechtsmitteln ... 231
III. Vertretung ... 232

3. Kapitel: Die Erstreckung des Mietverhältnisses mit mehreren Mietern ... 235
I. Übersicht ... 235
II. Sachlegitimation ... 235
III. Besonderheiten bei der materiell-rechtlichen Prüfung der Erstreckung ... 236

4. Kapitel: Fazit zur Anfechtung und Erstreckung durch mehrere Mieter ... 238

7. Teil: Die Rückgabe der Mietsache und ihre Durchsetzung ... 241

1. Kapitel: Rückgabe der Mietsache ... 241
I. Rechtsgrundlagen für die Rückgabe der Mietsache ... 241
1. Vertrag ... 241
2. Dingliches Recht ... 242
II. Rückgabeverpflichtung bei mehreren Mietern ... 243
III. Haftung der Mieter bei ausbleibender Rückgabe ... 244

2. Kapitel: Durchsetzung des Rückgabeanspruchs (Ausweisung) ... 247
I. Mehrere Mieter als einfache Streitgenossen ... 247
II. Wirkung des Gerichtsentscheids und Vollstreckung ... 248
III. Prozesskosten ... 249

3. Kapitel: Rückforderung des Mietzinsdepots ... 250

8. Teil: Zusammenfassung in Thesen ... 251

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
aArt.	alter Artikel
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Lachen
al.	alinea
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CdB	Cahiers du bail
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
et al.	et alii
etc.	et cetera
f.	folgende [Seite]
ff.	folgende [Seiten]
Fn.	Fussnote

gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber(in)
i.e.S.	im engeren Sinn
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn / im weitesten Sinn
JdT	Journal des tribunaux, Lausanne
KuKo	Kurzkommentar
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis(en)
mp	Mietrechtspraxis, Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
MRA	MietRecht Aktuell
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report, München
Nr.	Nummer(n)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004
PKG	Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht, Zürich
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich

SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SG	Sammelstelle Gerichtsentscheide
SJ	La Semaine Judiciaire, Genf
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
sog.	sogenannt(e)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich
vgl.	vergleiche
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Zürich
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis, Entscheide des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde Zürich
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung) vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnote zitiert.

Abt Daniel / Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 4. A., Basel 2019 (zit. BEARBEITER, PraxKomm, Art. … ZGB N …)

AEBI-MÜLLER REGINA E. / WIDMER CARMEN LADINA, Die nichteheliche Gemeinschaft im schweizerischen Recht, in: Jusletter 12. Januar 2009

AELLEN NICOLE, Die Übertragung der Miete auf einen Dritten, in: MRA 2015, S. 63 ff.

AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1h/1: Erlöschen der Obligation, Art. 114-126 OR, 3. A., Zürich 1991 (zit. AEPLI, ZK, Art. … OR N …)

Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER, Handkommentar, Art. … OR N …)

BACHOFNER EVA, Die Mieterausweisung, Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, Diss., Zürich 2019

BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil., Zürich 2009

BÄRTSCHI HARALD / ACKERMANN RUEDI

– Verspätete Anfechtung einer Kündigung im Mietrecht, in: Jusletter vom 14. Juli 2014 (zit. BÄRTSCHI/ACKERMANN, Verspätete Anfechtung)
– Empfang der Wohnungskündigung bei Ferienabwesenheit, in: Jusletter vom 23. Januar 2017 (zit. BÄRTSCHI/ACKERMANN, Empfang bei Ferienabwesenheit)

BÄTTIG HANS

– Bundesgerichtsentscheid vom 2. Juni 2004 (4C.17/2004), in: MRA 2005, S. 11 ff. (zit. BÄTTIG, MRA 2005)
– Urteil des Bundesgerichts 4A_673/2012 vom 21. November 2012, in: MRA 1/2013, S. 49 ff. (zit. BÄTTIG, MRA 2013)

BECKER HERMANN

- Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. A., Bern 1945 (zit. BECKER, BK, Art. … OR N …)
- Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551 OR, Bern 1934 (zit. BECKER, BK, Art. … OR N …)

BEHRENS PETER, Beteiligung mehrerer Mieter am Mietverhältnis, Diss., Berlin 1989

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 3. A., Bern 2018

BLUMER MAJA, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), in: Schweizerisches Privatrecht, Teilband VII/3, Basel 2012

Bohnet François / Carron Blaise / Montini Mario (Hrsg.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, CO et OBLF, Contrats-cadres, Droit international privé, Dispositions pénales, 2. A., Basel 2017 (zit. BEARBEITER, Droit du bail, Art. … OR N …)

Bohnet François / Guillod Olivier (Hrsg.), Commentaire pratique, Droit matrimonial, Fond et procédure, Basel 2016 (zit. BEARBEITER, Droit matrimonial, Art. … ZGB N …)

BOHNET FRANÇOIS / CHRISTINAT RACHEL / HÄNNI LINO, Commentaire pratique Actions civiles, Volume II: CO, 2. A. , Basel 2019 (zit. BEARBEITER, Actions civiles, § … N …)

BRÄM VERENA / HASENBÖHLER FRANZ, Zürcher Kommentar, Art. 159–180 ZGB, Scheidungsrecht, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Band II/2c, Zürich 1998 (zit. BEARBEITER, ZK, Art. … ZGB N …)

BROQUET JULIEN, Tribunal fédéral – 02.12.2014 – X. c. A.Y., B.Y., C.Y. – 4A_201/2014 (ATF 140 III 598), in: DB 2015, S. 42 ff.

BRÜCKNER CHRISTIAN / WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 4. A., Zürich 2022

Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Art. 1–196, 2. A., Zürich / St. Gallen 2016 (zit.: BEARBEITER, DIKE-Kommentar, Art. … ZPO N …)

BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988

BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. A., Bern 2017 (zit. BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. … ZGB N …)

BÜCHLER ANDREA, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Bern 2003, S. 59 ff.

BÜCHLER ANDREA / JAKOB DOMINIQUE, Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Basel 2017 (zit. BEARBEITER, Kurzkommentar, Art. … ZGB N …)

Burkhalter Peter R./Martinez-Favre Emmanuelle (Hrsg.), Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Zürich 2011 (zit. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Art. … OR N …)

BÜSCHER ANDREAS, Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Diss., Zürich 2015

Caroni Pio et al. (Hrsg), Berner Kommentar, Art. 1–9 ZGB, Band I. Einleitung und Personenrecht. 1. Abteilung. Einleitung, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK, Art. … ZGB N …)

CORBOZ BERNARD, Les congés affectés d'un vice, in: 9e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996

COTTIER MICHELLE / CREVOISIER CÉCILE, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, in: AJP 2012, S. 33 ff.

DELL'OLIVO-WYSS GIUSEPPE, Vorzeitige Kündigung eines langfristigen Vertrages durch den Mieter, in: mp 1995, S. 29 ff.

DESCHENAUX HENRI / STEINAUER PAUL-HENRI / BADDELEY MARGARETA, Les effets du marriage, 3. A., Bern 2017

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA
– Le bail d'habitation des concubins, Basel 2014 (zit. DIETSCHY-MARTENET, Concubins)
– Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux, in: 19e Séminaire sur le droit du bail, 2016, S. 183 ff. (zit. DIETSCHY-MARTENET, Colocataires)

DILLIER JULIA, Konkubinatspartner als gemeinsame Mieter von Wohnräumen unter besonderer Berücksichtigung der Auflösung des Mietvertrags, in: mp 2017, S. 239 ff.

DUSSY ROBERT DAVID, Ausgleichsansprüche für Vermögensinvestitionen nach Auflösung von Lebensbeziehungen, Diss. Basel 1994

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2. A., Bern 1997

ESCHER ARNOLD, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), 3. A. Zürich 1960 (zit. ESCHER, ZK, Art. … ZGB N …)

FANKHAUSER ROLAND / EVA SCHÜRMANN, Geringfügige Überlegungen zu geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens, Ein Aufsatz zu einem Halbsatz, in: Jusletter vom 9. Dezember 2013

FELLMANN WALTER, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, in: ZBJV 1997, S. 285 ff.

FELLMANN WALTER / MÜLLER KARIN, Berner Kommentar, Band VII: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft Art. 530-544 OR, Bern 2006 (zit. FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. … OR N …)

FERVERS MATTHIAS, Wohnungssuche in Ballungszentren: Vermieterpraktiken auf dem Prüfstand, in: Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM), S. 105 ff.

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt, in: AJP 2010, S. 423 ff.

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/D'ANDRÈS JOËL, Les effets patrimoniaux de la dissolu-tion du concubinage, in: Fountoulakis Christiana / Jungo Alexandra (Hrsg.), Patrimoine de la famille, Entretien, régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 1 ff.

Frank Richard et al. (Hrsg.), Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinat) im schweizerischen Recht, Zürich 1984 (zit. BEARBEITER, Frank et al., § … N …)

FUCHS NICOLAS, Die Kündigungsanfechtung bei Familienwohnungen – Aspekte der Prozessstandschaft, in: BJM 2017, S. 11 ff.

FURRER MARTIN, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Diss., Zürich 1996

FUTTERLIEB RAOUL
- Die gemeinsame Miete, in: immobilia 10/2012, S. 28 f. (zit. FUTTERLIEB, immobilia)
- Bundesgerichtsentscheid vom 30. Mai 2001 i.S. Herrn und Frau T. ca. Firma X., in: MRA 2001, S. 166 ff. (zit. FUTTERLIEB, MRA 2001)

GABATHULER THOMAS / SPIRIG IRÉNE, Die wichtigsten Entscheide im Arbeits- und Mietrecht, in: plädoyer 3/2015, S. 36 ff.

GABELLON ADRIEN, Le contrat de concubinage et la planification patrimoniale des concubins, in: FamPra 2015, S. 41 ff.

GABRIEL SIMON, Formvorbehalt für Vertragsänderungen, in: SJZ 2010, S. 533 ff.

GAUCH PETER
- System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss., Fribourg 1968 (zit. GAUCH, Beendigung)
- Von den wesentlichen Vertragspunkten, in: recht 1991, S. 45 ff. (zit. GAUCH, Vertragspunkte)

GAUCH PETER / AEPLI VIKTOR / STÖCKLI HUBERT, Präjudizienbuch OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9. A. 2016 (zit. BEARBEITER, Präjudizienbuch, Art. ... OR N ...)

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 11. A., Zürich 2020

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 11. A., Zürich 2020

GAUTSCHI ALAIN, Solidarschuld und Ausgleich, Diss., Zürich/St. Gallen 2009

Geiser Thomas / Fountoulakis Christina (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. A., Basel 2018 (zit. BEARBEITER, BSK ZGB, Art. ... ZGB N ...)

Geiser Thomas / Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, 6. A., Basel 2019 (zit. BEARBEITER, BSK ZGB, Art. ... ZGB N ...)

GENNA GIAN SANDRO, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, Diss., Bern 2008

GERICKE DIETER / IVANOVIC TANJA, Genügen PDF-Dateien dem Schriftformerfordernis?, in: SJZ 2017, S. 335 ff.

GIAVARINI MARCO
- Urteil des Bundesgerichts 4A_104/2010 vom 8. Juni 2010 (BGE 136 III 431 ff.), in: MRA 2011, S. 48 ff. (zit. GIAVARINI, MRA 2011)
- Urteil des Bundesgerichts 4A_201/2014 vom 2. Dezember 2014 (BGE 140 III 598 ff.), in: MRA 2015, S. 142 ff. (zit. GIAVARINI, MRA 2015)
- Urteil des Bundesgerichts 4A_351/2015 vom 5. August 2015, in: MRA 2016, S. 24 ff. (zit. GIAVARINI, MRA 2016)
- Urteil des Bundesgerichts 4A_282/2021 vom 29. November 2021, in: MRA 2022, S. 55 ff. (zit. GIAVARINI, MRA 2022)

GIGER BRUNO, Die Erstreckung des Mietverhältnisses (Art. 272-272dOR), Diss., Zürich 1995

GIGER HANS
- Berner Kommentar, Die Miete, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253–255 OR, Bern 2013 (zit. GIGER, Art. ... OR N ...)
- Berner Kommentar, Art. 256–259i OR, Die Miete, Bern 2015 (zit. GIGER HANS, BK, Art. ... OR N ...)
- Berner Kommentar, Art. 260-266o OR, Die Miete, Bern 2020 (zit. GIGER HANS, BK, Art. ... OR N ...)

GLOOR URS, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1987

GRZIWOTZ HERBERT, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 5. A., München 2014

GUHL THEO / KOLLER ALFRED / SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN-NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A., Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER)

GUICHARD YVAN, Les restriction au droit de disposer du logement de la famille, étude des Art. 169 al. 1 CC et 266m al. 1 CO, Diss. Lausanne 2002

GUINAND JEAN, Décès du bailleur, décès du locataire, quelles conséquences?, 7e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992

Güngerich Andreas (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK ZPO, Art. ... ZPO N ...)

HANDSCHIN LUKAS / VONZUN RETO, Zürcher Kommentar, Band V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. HANDSCHIN / VONZUN, ZK, Art. ... OR N ...)

HASENBÖHLER FRANZ
– Mitwirkung beider Ehegatten beim Vertragsschluss, Basel / Frankfurt a.M. 1982 (zit. HASENBÖHLER, Mitwirkung)
– Die gemietete Familienwohnung, in: MRA 1995, S. 225 ff. (zit. HASENBÖHLER, Familienwohnung)

HAUSHEER HEINZ / REUSSER RUTH / GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkung der Ehe im allgemeinen, Art. 159–180 ZGB, Bern 1999 (zit. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. … ZGB N …)

HAUSHEER HEINZ / GEISER THOMAS / AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat, 6. A., Bern 2018

HEGNAUER CYRIL / BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. A., Bern 2000

HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Art. 271–274g OR, Miete, Bd. V/2b/4, 4. A., Zürich 1996 (zit. HIGI, ZK, Art. … OR N …)

HIGI PETER / BÜHLMANN ANTON / WILDISEN CHRISTOPH, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253–273c OR), Art. 253–265 OR, Die Miete, 5. A., Zürich 2019 (zit. BEARBEITER, ZK, Vor Art. 253–273c OR N … oder BEARBEITER, ZK, Art. … OR N …)

HIGI PETER / BÜHLMANN ANTON / WILDISEN CHRISTOPH, Zürcher Kommentar, Art. 266–268b OR, Die Miete, 5. A., Zürich 2020 (zit. BEARBEITER, ZK, Art. … OR N …)

HOCH PATRICK M., Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss., Zürich 2000

HOHL IRENE, Gesellschaften unter Ehegatten, Diss., 2. A., Basel 1997

Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. BEARBEITER, Kurzkommentar, Art. … OR N …)

HUBER MELANIE, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich 2016

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019

HULLIGER URBAN, Kündigung aus wichtigen Gründen, Überblick über Lehre und Rechtsprechung, in: MRA 2011, S. 1 ff.

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Habil., Zürich/Basel/Genf 2008

JACQUEMOUD ROSSARI LAURA, Jouissance et titularité du bail ou quelques questions choisies en rapport avec le bail commun, in: CdB 1999, S. 97 ff.

JÄGGI PETER / GAUCH PETER / HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. … N …)

KAISER MARTIN, Rechtliche Schwierigkeiten bei der Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags, in: Jusletter vom 5. September 2016

KINNE HARALD, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Mietverhältnis, in: FPR 2001, S. 36 ff.

KLEIN JEAN-PHILIPPE, Zürcher Kommentar, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 3. A., Zürich 2020 (zit. KLEIN, ZK, Art. … N …)

KLEY ANNA, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache – praktische Fragen, in: mp 2013, S. 257 ff.

KNOEPFLER FRANÇOIS, Bemerkung zum Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 5. April 2004, in: DB 2006, S. 27 f.

KOLLER ALFRED, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017 (KOLLER ALFRED, OR AT)

DERSELBE, Rechtsbehelfe des Mieters bei Wegfall des Mietbedarfs, in: AJP 2018, S. 209 ff. (zit. KOLLER ALFRED, AJP 2018)

KOLLER THOMAS
- Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2004, in: ZBJV 2005, S. 309 ff. (zit. Koller Thomas, ZBJV 2005)
- Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, in: ZBJV 2013, S. 21 ff. (zit. KOLLER THOMAS, ZBJV 2013)
- Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014, in: ZBJV 2016, S. 1 ff. (zit. KOLLER THOMAS, ZBJV 2016)
- Zum Jahresabschluss 2014 ein weiser Entscheid des Bundesgerichts im Mietrecht, in: Jusletter vom 12. Januar 2015 (zit. KOLLER THOMAS, Jusletter)

– Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021, in: ZBJV 2022, S. 285 ff. (zit. KOLLER THOMAS, ZBJV 2022)

KOLLER THOMAS / MAUERHOFER MARC ANDRÉ
– Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007, in: ZBJV 2009 S. 821 ff. (zit. KOLLER THOMAS/MAUERHOFER, ZBJV 2009)
– Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, in: ZBJV 2010 S. 57 ff. (zit. KOLLER THOMAS/MAUERHOFER, ZBJV 2010)

KOLLER THOMAS / STRIK MANFRED, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, in: ZBJV 2019, S. 420 ff. (zit. KOLLER THOMAS / STRIK, ZBJV 2018)

KOUMBARAKIS ZINON, Urteil des Bundesgerichts 4A_689/2016 vom 28. August 2017, MRA 2018, S. 70 ff.

KRAMER ERNST A.
– Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019 (zit. KRAMER, Methodenlehre)
– Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages und Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. KRAMER, BK, Art. … OR N …)

KRAMER ERNST / SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit. KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N … zu Art. … OR)

KRATZ BRIGITTA, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Solidarität, Art. 143–150 OR, Bern 2015 (zit. KRATZ, BK, Art. … OR N …)

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Zürcher Kommentar, Art. 143–150 OR, Die Solidarität, Zürich 2016 (zit. KRAUSKOPF, ZK, Art. … OR N …)

Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER, OFK OR, Art. … N …)

LACHAT DAVID / GROBET THORENS KARIN / RUBLI XAVIER / STASTNY PIERRE, Le bail à loyer, Lausanne 2019 (zit. BEARBEITER, Bail a loyer)

LÖTSCHER CORDULA
- Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Diss., Basel 2016 (zit. LÖTSCHER, Prozessstandschaft)
- Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft, in: successio 2019 S. 174 ff. (zit. LÖTSCHER, Das schwarze Schaf)

LÜSCHER CHRISTIAN / KINZER DANIEL, Bemerkungen zum Urteil des Kantonsgericht Genf vom 3. April 2006, in: CdB 2006, S. 115 ff.

MAAG ANDREAS
- Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2004 i.S. X. SA ca. Eheleute A. (4C.275/2003), in: MRA 2004, S. 109 ff. (zit. Maag, MRA 2004)
- Kündigung des Mietverhältnisses; in: Jürg P. Müller (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummiete, Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, 2016, § 2; S. 71 ff. (zit. Maag, Kündigung)
- Urteil des Bundesgerichts 4A_293/2016 vom 13. Dezember 2016, in: MRA 2017, S. 31 ff. (zit. MAAG, MRA 2017)

MEIER-HAYOZ ARTHUR / PETER FORSTMOSER / ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar: Das Eigentum, Syst. Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 5. A., Bern, 1981 (zit. MEIER-HAYOZ, BK, Art. ... N ...)

MEIER PHILIPPE / DE LUZE ESTELLE, Tribunal Fédéral, I[ère] Cour civile, 4.7.2006, F.A. c. B. AG (4C.131/2006), recours en réforme, in: AJP 2007, S. 387 ff.

MENGE JEAN-PIERRE, Kündigung und Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten, Diss., Basel 1993

MEYER CAROLINE, Zur Sachlegitimation der Parteien im Mietprozess, MRA 2010 S. 47 ff.

MICHELI JACQUES, Les colocataires dans le bail commun, 8[e] séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994

MINNIG YANNICK
- Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Doppelverkauf - Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis, Diss., Bern 2018 (zit. MINNIG, Mehrfache Verpflichtungsgeschäfte)
- Prozessrechtliche Überlegungen zur antizipierten Abstandserklärung in Erbteilungsprozessen, in: ZZZ 2019, S. 120 ff. (zit. MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung)

MONTINI MARINO / MONTINI MICHEL, Protection du logement de famille: l'état civil doit-il (encore) jouer un rôle? in: Guillod Olivier / Müller Christoph (Hrsg.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélange en l'honneur de Pierre Wessner, Basel 2011, S. 363 ff.

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2019 (zit. MÜLLER, BK, Art. … OR N …)

Müller Jürg P. (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummiete, Beraten und Prozessieren im lmmobiliarmietrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2016 (zit. BEARBEITER, HAP)

Oberhammer Paul / Domej Tania / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2021 (zit. BEARBEITER, Kurzkommentar, Art. … ZPO N …)

OSER HUGO / SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Erster Halbband, Art. 1–183 OR, 2. A., Zürich 1929 (zit. OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Art. … OR N …)

PERMANN RICHARD
– Kommentar zum Mietrecht, 2. A., Zürich 2007 (zit. PERMANN, OFK Mietrecht)
– Der gemeinsame Mietvertrag unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: mp 1997, S. 191 ff. (zit. PERMANN, mp 1997)

PICHONNAZ PASCAL, Conventions et couples concubins, in: FamPra 2002, S. 670 ff.

PICHONNAZ PASCAL / FOËX BÉNÉDICT, Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, Basel 2010 (zit. BEARBEITER, Commentaire Romand, Art. … ZGB N …)

PRADERVAND-KERNEN MARYSE, Propriété commune sur un immeuble, in: ZGBR 2018, S. 341 ff.

PULVER BERNHARD, Unverheiratete Paare, Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge, Basel/Genf/München 2000

RAJOWER FELIX, Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, AJP 1998, S. 797 ff.

ROHRER BEAT
- Urteil des Bundesgerichts 4A_413/2009 vom 11. November 2009, in: MRA 2010, S. 14 ff. (zit. ROHRER, MRA 2010)
- Urteil des Bundesgerichts 4A_570/2018 vom 31. Juli 2019 (BGE BGE 145 III 281), in: MRA 2019, S. 181 ff. (zit. ROHRER, MRA 2019)

ROHRER FLORIAN, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, MRA 2016 S. 3 ff.

RONCORONI GIACOMO, Wohnungsübertragung bei Scheidung oder Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft und als Massnahme zum Schutz der Opfer von Gewalt, in; mp 2010, S. 75 ff.

RUOSS RETO THOMAS, Der Einfluss des neuen Eherechts auf Mietverhältnisse an Wohnräumen, in: ZSR 1988, S. 75 ff.

SCHMID HANS, Der gemeinsame Mietvertrag, in: SJZ 1991, S. 349 ff. und S. 374 ff.

SCHMID JÖRG
- Zürcher Kommentar, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), 3. A, Zürich 1993 (zit. Schmid Jörg, ZK, Art. … OR N …).
- Die gemeinsame Miete – Ausgewählte Fragen, in: AJP 2016, S. 31 ff.

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5. A., Zürich 2017

SCHNEUWLY ANDREAS, Anfechtung einer Wohnungskündigung durch Erben, ius.focus 2018 Nr. 8

SCHÖNENBERGER WILHELM / JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. A., Zürich 1973 [zit. BEARBEITER, ZK, Art. … OR N …)

SCHRADER PAUL T., Die Beendigung einer Wohngemeinschaft von Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: NZM 2010, S. 257 ff.

SCHRANER MARIUS, Zürcher Kommentar, Art. 68–96 OR, Die Erfüllung der Obligation, Band V/1e - Das Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2000 (zit. SCHRANER, ZK OR, Art. … OR N …).

SCHRANK CLAUDE, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss., Basel 2015

SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004

Schütz Jürg G. (Hrsg.), Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Bern 2015 (zit. BEARBEITER, Personengesellschaftsrecht, N … zu Art. … OR)

SCHWAGER RUDOLF, Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Gestaltung, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Eherecht, Bern 1986, S. 181 ff.

Schweizerischer Mieterinnen- und Mieterverband (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 10. A., Zürich 2022 (zit. BEARBEITER, Mietrecht für die Praxis)

SCHWENZER INGEBORG / FOUNTOULAKIS CHRISTINA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020

Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), FamKomm Scheidung, Bd. I, 4. Aufl. 2022 (zit. BEARBEITER, FamKomm Scheidung, N … zu Art. … ZGB)

SIEGWART ALFRED, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Art. 530-619 OR, Zürich 1938 (zit. SIEGWART, ZK, Art. … OR N …)

SOMMER MONIKA
- Bundesgerichtsentscheide vom 7. Februar 2003 i.S. A. und B. ca. X. AG, in: MRA 2003, S. 92 ff. (zit. SOMMER, MRA 2003)
- Urteil des Bundesgerichts 4A_41/2009 vom 1. April 2009, in: MRA 2010, S. 37 ff. (zit. SOMMER, MRA 2010)
- Urteil des Bundesgerichtes 4A_569/2009 vom 19. Juli 2010, in: MRA 2011, S. 166 ff. (zit. SOMMER, MRA 2011)

SPIRIG IRÈNE, Grundsätze im Erstreckungsrecht, in: mp 2008, S. 199 ff.

SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984

Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017 (zit. BEARBEITER, BSK ZPO, Art. … ZPO N …)

Staehelin Adrian / Bauer Thomas / Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 3. A., Basel 2021 (BEARBEITER, BSK SchKG, Art. … SchKG N …)

STAEHELIN ADRIAN / STAEHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. A., Zürich 2019

STRAZZER RENÉ, Erbteilungsklage und (mögliche) anwaltliche Interessenkollision, successio 2015, S. 115 ff.

STRIK MANFRED, Das Verfahrensrecht bei der Wohn- und Geschäftsraummiete nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Bern 2018

STRITTMATTER RETO, Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften, Mit- und Stockwerkeigentümergemeinschaft, Kollektiv-, Kommandit- und einfache Gesellschaft, Erbengemeinschaft und Gemeinderschaft, Diss., Zürich 2002

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 2017

Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich - Basel - Genf 2016 (zit. BEARBEITER, ZPO-Kommentar, Art. … ZPO N …).

SUTTER-SOMM THOMAS / LÖTSCHER CORDULA, Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis, in: successio 2013, S. 354 ff.

SVIT Schweiz (Hrsg.), Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. A., Zürich 2018 (zit. BEARBEITER., SVIT-Kommentar, Art. … OR N …)

TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC / TRIGO TRINDADE RITA, Code des obligations II, Commentaire romand, Art. 530–1186 CO, Art. 20–33 LB, avec des introductions à la LFus, à l'ORAb, à la LTI et à la loi sur la mise en oeuvre des recommandations du GAFI, 2. A., Basel 2017 (zit. BEARBEITER, Commentaire Romand, Art. … OR N …)

TERCIER PIERRE / BIERI LAURENT / CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. A., Zürich 2016

Thévenoz Luc / Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. A., Basel 2012 (zit. BEARBEITER, Commentaire Romand, Art. … OR N …)

THÉVENAZ ALAIN, La prétendue solidarité des colocataires lorsque la chose louée n'est pas restituée à l'échéance du bail, in: JdT 2001 I, S. 374 ff.

THOUVENIN FLORENT, Der Kooperationsvertrag, Kooperationen im Grenzbereich von Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Habil., Bern 2017

VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Diss., Zürich 2007

VIONNET GUILLAUME, L'exercise des droits formateurs, Diss., Genf 2008

VON DER CRONE HANS CASPAR / BÜRGI ALEXANDER C., Haftung in der Anwaltskanzlei, in: SZW 2002, S. 53 ff.

VON HOLZEN CRISTINA, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2006

VON STEIGER WERNER, Allgemeiner Teil, Besonderer Teil: Die Personengesellschaften, in: von Steiger Werner (Hrsg.), Handelsrecht, SPR VIII/1, Basel 1976, S. 211–683

VON TUHR ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, erste Hälfte, Die rechtserheblichen Tatsache, insbesondere das Rechtsgeschäft, München 1918

VON TUHR ANDREAS / ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. A., Zürich 1984

WEBER ROLF H.
- Berner Kommentar, Art 68–96 OR, Allgemeine Bestimmungen: Die Erfüllung der Obligationen, 2. A., Bern 2004 (zit. WEBER ROLF, BK, Art. … OR N …)
- Berner Kommentar, Das Darlehen, Art. 312–318 OR, Mit Anhang zu Bankverträgen, Bern 2013 (zit. WEBER ROLF, BK, Art. … OR N …)

WEBER ROGER
- Der gemeinsame Mietvertrag, Diss., Zürich 1993 (zit. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag)
- Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, in: AJP 2004, S. 30 ff. (zit. WEBER ROGER, AJP 2004)

WEISS ANDREAS W., Solidarität nach Art. 143–149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, Diss., Zürich 2011

WERMELINGER AMÉDÉO, Zürcher Kommentar, Art. 712a–712t ZGB, Das Stockwerkeigentum, 2. A., Zürich 2019 (zit. WERMELINGER, Art. … ZGB N …)

WESSNER PIERRE
- Bemerkung zum Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 25. Januar 1993, in: DB 1993, S. 60 f. (zit. WESSNER, DB 1993)
- Bemerkung zum Urteil des Mietgerichts Waadt vom 27. Oktober 1993, in: CdB 1997, S. 11 f. (zit. WESSNER, CdB 1997)
- Bemerkung zum Urteil des Mietgerichts Waadt vom 30. März 1998, in: DB 2000, S. 23 ff. (zit. WESSNER, DB 2000)

Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. A., Basel 2019 (zit. BEARBEITER, BSK OR, Art. … OR N …)

WIEDEMANN HERBERT, Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band 1: Grundlagen, München 1980

Wolf-Rüdiger Bub / Gerhard Treier (Hrsg.), Handbuch Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. A., München 2019 (zit. BEARBEITER, Handbuch)

WOLF STEPHAN, Erb- und (Immobiliar)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 9. März 2005, Bern 2005

WOLF STEPHAN / EGGEL MARTIN, Berner Kommentar, Art. 602–619 ZGB. Die Teilung der Erbschaft, Bern 2014 (zit. WOLF/EGGEL, BK, Art. … ZGB N …).

WOLF STEPHAN / HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017

ZÄCH ROGER / KÜNZLER ADRIAN, Berner Kommentar, Art. 32–40 OR, Stellvertretung, 2. A., Bern 2014 (zit. ZÄCH/KÜNZLER, BK, Art. … OR N …)

ZIHLMANN PETER, Das Mietrecht, Leitfaden des schweizerischen Mietrechts für den Praktiker, 2. A., Zürich 1995

ZOBL CHRISTOPH, Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag, Diss., Bern 2017

Einleitung

Nach dem Wortlaut von Art. 253 OR verpflichtet sich «der Vermieter», «dem Mieter» eine Sache gegen Entgelt zum Gebrauch zu überlassen. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Miete durch mehrere Mieter. Für diesen Fall enthält das Mietrecht keine besonderen Bestimmungen. Die sich bei Vorliegen einer Mietermehrheit typischerweise stellenden Fragen (z.B. Vertretung, Haftung, Organisation) sind somit grundsätzlich nach den allgemeinen privatrechtlichen Rechtsnormen zu beantworten.

Dabei ist im Rahmen der Rechtsanwendung strikt zwischen dem Aussen- und dem Innenverhältnis zu unterscheiden. Im Aussenverhältnis untersteht der gemeinsame Mietvertrag den gesetzlichen Bestimmungen von Art. 253 ff. OR und unterscheidet sich diesbezüglich nicht vom Mietvertrag mit einem einzelnen Mieter. Jedoch ergeben im Aussenverhältnis aufgrund der Mehrzahl an Mietern Besonderheiten, die es zu untersuchen gilt. Insbesondere sind die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zu beachten, namentlich jene zu Schuldner- und Gläubigermehrheiten (vgl. Art. 143 ff. OR).

Im Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern sind die Regeln derjenigen Gemeinschaft massgebend, denen diese untersteht. Es gilt somit in der vorliegenden Arbeit zu untersuchen, welche Regeln in welchen Konstellationen zur Anwendung gelangen. Sind die Mieter beispielsweise verheiratet, ist das Eherecht zu beachten. Fraglich ist jedoch namentlich, ob die Ehegatten, die einen gemeinsamen Mietvertrag abschliessen, gleichsam zu diesem Zweck eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 OR bilden. Stirbt ein Mieter und entsteht ein gemeinsamer Mietvertrag durch Todesfall, liegt eine Schnittstelle zum Erbrecht vor.

Bei Rechtsfragen rund um den gemeinsamen Mietvertrag ist somit je nach Fall das Mietrecht, der allgemeine Teil des Obligationenrechts, das Gesellschaftsrecht, das Familienrecht und/oder das Erbrecht zu konsultieren. Die vorliegende Arbeit hat im Wesentlichen das Ziel, die verschiedenen rechtlichen Aspekte des Mietvertrags mit mehreren Mietern detailliert darzustellen sowie aufzuzeigen, welche Besonderheiten bei der Beendigung der gemeinsamen Miete zu beachten sind.

Die rechtlichen Ausführungen zum Mietvertrag mit mehreren Mietern werden beispielhaft an dem mit zwei Mietern abgeschlossenen Vertrag illustriert, lassen sich aber ohne Weiteres auf Konstellationen mit drei oder mehr Mietern übertragen.

Systematisch gliedert sich die Untersuchung in acht Teile:

— Im *ersten Teil* wird der Begriff der gemeinsamen Miete definiert, und es werden die verschiedenen Erscheinungsformen aufgezeigt.
— Im *zweiten Teil* wird zunächst die Entstehung des gemeinsamen Mietvertrags erörtert. Weiter enthält dieser Teil allgemeine Ausführungen zur Rechtsanwendung bei Vorliegen einer Mietermehrheit, namentlich zu Schulden, Forderungen und Gestaltungsrechten. Schliesslich wird die gemeinsame Miete von anderen Vertragsverhältnissen abgegrenzt.
— Im *dritten Teil* wird das Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern beleuchtet und bei der Analyse der möglichen Konstellationen danach unterschieden, ob dieses mit dem Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags begründet wird oder das betreffende Innenverhältnis bei Vertragsschluss vorbesteht.
— Im *vierten Teil* wird die Beendigung der gemeinsamen Miete ohne Kündigung thematisiert, namentlich durch Aufhebung des Vertragsverhältnisses oder durch vorzeitige Rückgabe i.S.v. Art. 264 OR. Neben der vollständigen Beendigung des Mietverhältnisses bildet auch die Aufgabe der gemeinsamen Rechtsposition (Parteiwechsel) Gegenstand der Untersuchung.
— Der *fünfte Teil* befasst sich mit der Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags durch Kündigung. Besonderes Augenmerk wird auf die Situation gelegt, in der die Mitmieter betreffend die Kündigung uneinig sind. Es wird aufgezeigt, wie die Mitwirkung eines Mitmieters zur Kündigung durch Auflösung und Liquidation des Innenverhältnisses erzwungen werden kann (mittelbare Beendigung).
— Der *sechste Teil* thematisiert die Besonderheiten beim Kündigungsschutz bei mehreren Mietern. Gegenstand der Untersuchung bilden namentlich die Sachlegitimation des einzelnen Mieters zur Einleitung des Kündigungsschutzverfahrens und die daraus entstehenden prozessualen Folgen.
— Der *siebte Teil* behandelt die Rückgabe der Mietsache durch mehrere Mieter und ihre gerichtliche Durchsetzung.
— Abschliessend werden im *achten Teil* die wichtigsten Erkenntnisse der Dissertation in Thesen zusammengefasst.

1. Teil: Die gemeinsame Miete und ihre wesentlichen Erscheinungsformen

1. Kapitel: Die gemeinsame Miete

Der Mietvertrag i.S.v. Art. 253 ff. OR ist ein vollkommen zweiseitiger Schuldvertrag.[1] In der Regel stehen sich beim Vertragsschluss zwei Personen gegenüber. Der Vermieter überlässt dem Mieter eine Sache gegen Entgelt zum Gebrauch. Es handelt sich um den vom Gesetzgeber vorgestellten Idealtypus.[2]

Schuldverträge können von mehreren Personen geschlossen werden.[3] Beteiligt sich auf der einen und/oder anderen Seite desselben Vertrags eine Parteiengruppe, spricht man im Allgemeinen von einem gemeinsamen Vertrag.[4] Von einer gemeinsamen Miete *(bail commun; locazione comune)* wird gesprochen, wenn **mehrere Vermieter und/oder mehrere Mieter** eine Parteiengruppe desselben Mietvertrags bilden.[5]

In Abgrenzung zum gemeinsamen Mietvertrag wird der idealtypische Mietvertrag zwischen zwei Personen herkömmlich als «einfacher» Mietvertrag bezeichnet.[6]

1 Statt vieler: HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 97; WEBER, BSK OR, Art. 253 OR N 1.

2 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 101 und Art. 253 OR N 10.

3 Statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 300.

4 VON TUHR/ESCHER, S. 294; BUCHER, S. 490 f.; ENGEL, S. 124; SCHUMACHER, N 1454.

5 Statt vieler: Urteil des BGer 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5a, in: SJ 1995 S. 53 ff. und BGer 4C.6/2002 vom 10. September 2002 E. 5.1 je m.w.H.; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 98. Mangels Rechtsfähigkeit bilden mehrere natürliche und/oder juristische Personen eine Parteiengruppe und nicht gemeinsam eine Partei.

6 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 98.

2. Kapitel: Die wesentlichen Erscheinungsformen

Zwei oder mehrere Personen können sich aus ganz unterschiedlichen Gründen dafür entscheiden, gemeinsam ein Objekt zu mieten. Die folgenden tatsächlichen Erscheinungsformen sind typisch:

I. Die einfache Wohngemeinschaft

Als Wohngemeinschaft oder kurz WG versteht man im Allgemeinen den **lockeren Zusammenschluss** von zwei oder mehreren Personen in einer Wohnung, wobei die allgemeinen Räume wie Badezimmer, Küche oder das Wohnzimmer gemeinsam genutzt werden.[7]

— Häufig tritt diese Form bei Studenten auf (sog. Studenten-WGs[8]), aber vermehrt auch unter Berufstätigen oder Senioren.

— Die WG als tatsächliche Erscheinungsform kann in vertraglicher Hinsicht unterschiedlich organisiert sein. Neben der Strukturierung mittels Haupt- und Untermietvertrag bzw. -verträgen kommt es bei einfachen Wohngemeinschaften auch vor, dass mehrere Personen als Hauptmieter auftreten, womit ein gemeinsamer Mietvertrag vorliegt.

II. Die eheliche Lebensgemeinschaft und die Lebensgemeinschaft von registrierten Partnern

Ehegatten bestimmen die eheliche Wohnung gemeinsam (vgl. Art. 162 ZGB).[9] Das traditionelle Ehebild geht von einer Pflicht zum Zusammenleben aus.[10] Es gilt als selbstverständlich, dass Ehegatten (auch) eine Wohngemeinschaft bilden. Nicht verlangt ist, dass die Ehegatten bzw. eingetragenen Partner gemeinsam mieten.[11] Es kommt aber in der Praxis häufig vor, dass der Mietvertrag von beiden abgeschlossen wird.

III. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft

Als nichteheliche Lebensgemeinschaft wird vorliegend die **Partnerschaft** zwischen zwei Personen unterschiedlichen oder gleichen Geschlechts ver-

7 Vgl. etwa EMMERICH, Handbuch, N 583.

8 SCHMID JÖRG, S. 31.

9 Eine vergleichbare Bestimmung kennt das Partnerschaftsgesetz, PartG (SR 211.231), nicht.

10 SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 162 ZGB N 4.

11 Siehe dazu näher hinten, S. 103.

standen, die weder die Ehe geschlossen haben, noch in einer eingetragenen Partnerschaft leben.[12] Diese Form des Zusammenlebens ist nicht als eigenes Rechtsinstitut anerkannt.[13] Es fehlt sowohl an einer gesetzlichen Umschreibung als auch einer eigenständigen Regelung. Folglich sind die Umschreibung und die Rechtswirkungen jeweils in Verbindung mit den sich im Einzelfall stellenden Rechtsfragen zu untersuchen.[14] Vorliegend wird insbesondere der Fall untersucht, da zwei Partner einen gemeinsamen Mietvertrag abschliessen, um eine Wohn- und Lebensgemeinschaft zu bilden.

IV. Geschäftspartner

Neben der Partnerschaft von natürlichen Personen bildet auch die gemeinsame Miete von Geschäftsräumlichkeiten für geschäftliche Zwecke durch eine Mehrzahl von natürlichen und/oder juristischen Personen eine typische Erscheinungsform der gemeinsamen Miete.[15]

Beispielsweise mieten zwei natürliche Personen gemeinsam Räumlichkeiten, um darin eine Zahnarztpraxis[16] oder ein Solarium zu betreiben.[17]

V. Die Erbengemeinschaft als Mieter

Ein gemeinsamer Mietvertrag entsteht von Gesetzes wegen, wenn ein Mieter stirbt und mehrere Erben hinterlässt.[18] Stirbt ein (einfacher) Mieter, hat dies vorbehältlich anderslautender Regelungen im Mietvertrag nicht dessen Beendigung zur Folge. Die **Erben treten** vielmehr **von Gesetzes wegen in die Mieterstellung** ein und werden gleichsam gemeinsame (Mit-)Mieter (vgl. Art. 560 ZGB).[19]

Beerben mehrere Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, infolge des Erbganges eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft (sog. Erbengemeinschaft; Art. 602 Abs. 1 ZGB). Sie werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter

12 Vgl. BGE 134 V 369 E. 6.3.1 und E. 6.3.2; GABELLON, S. 43; COTTIER/CREVOISIER, S. 34

13 AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 1.

14 AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 1.

15 SCHMID JÖRG, S. 31.

16 Urteil des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.2.

17 Urteil des BGer 4A_119/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2.

18 MICHELI, S. 7.

19 FUTTERLIEB, immobilia, S. 28; MICHELI, S. 4; MONTINI/WAHLEN, Droit du bail, Art. 266i OR N 11; vgl. Urteil des BGer 4C.37/2001 vom 30. Mai 2001 E. 2b/aa.

Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam (Art. 602 Abs. 2 ZGB).

VI. Atypische Fälle

Den vorstehenden Erscheinungsformen ist mit Ausnahme der Erben als Mieter gemein, dass mehrere Personen in der Regel ein Objekt mieten, um darin gemeinsam zu wohnen oder dieses geschäftlich zu nutzen. Mit Blick auf die Rechtsprechung ist etwa die Konstellation denkbar, dass zwar mehrere Personen gemeinsam einen Mietvertrag abschliessen, aber die Absicht besteht, dass nur ein einzelner Mieter die Sache gebraucht. Diese Konstellation entsteht häufig, wenn neben derjenigen Person, die beabsichtigt, die Mietsache zu nutzen, eine weitere Person aus Bonitätsgründen als Vertragspartei einbezogen wird. Es entsteht eine Nähe zum Sicherungsgeschäft, die nachfolgend besonders untersucht wird.[20]

Beispielsweise unterzeichnet ein Vater, der seinen Wohnsitz in Lausanne hat, gemeinsam mit seinem in Luzern studierenden Sohn («Mieter 1») einen Mietvertrag als «Mieter 2».

Wie der erste Teil gezeigt hat, sind die tatsächlichen Erscheinungsformen der gemeinsamen Miete zahlreich. In einem nächsten Teil werden die Besonderheiten der (ursprünglichen oder erst nachträglichen) Entstehung von gemeinsamen Mietverträgen erörtert.

20 Siehe dazu hinten, S. 55 ff.

2. Teil: Die Entstehung des gemeinsamen Mietvertrags

1. Kapitel: Der ursprüngliche Vertragsschluss

Im Unterschied zum einfachen Mietvertrag sind beim gemeinsamen Mietvertrag **mindestens drei Personen** beteiligt. Den nachfolgenden Erläuterungen zum gemeinsamen Vertragsschluss liegt exemplarisch der Fall zugrunde, dass ein Vermieter X den Mietvertrag mit den zwei Mietern A und B abschliesst.

Zwei Studenten mieten beispielsweise gemeinsam eine Wohnung und gründen eine Wohngemeinschaft.

I. Die am Vertragsschluss beteiligten Personen

1. Die Vertragsparteien

Vertragspartei wird im Allgemeinen, **wer sich durch die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen vertraglich bindet,** sei es persönlich oder durch einen Vertreter, dessen Erklärung der Partei zugerechnet wird.[21] Bei ihr treten die Rechtswirkungen des Vertrags ein: Sie wird durch diesen berechtigt und verpflichtet.[22] Als Vertragsparteien eines einfachen oder gemeinsamen Mietvertrags kommen folgende Personen oder Gemeinschaften in Betracht:

1. Partei kann zunächst jede **natürliche Person** sein. Unter welchen Voraussetzungen sich eine natürliche Person vertraglich binden kann, bestimmt sich nach dem Personenrecht des ZGB (Art. 12 ff. ZGB).[23]

   Besondere praktische Relevanz haben in diesem Zusammenhang die Mietverträge mit **urteilsfähigen handlungsunfähigen Personen** (z.B. Jugendliche unter 18 Jahren). Will sich eine solche Person an einem gemeinsamen Mietvertrag beteiligen, ist zum gültigen Abschluss des

21 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 299.

22 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 299.

23 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 99; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 303; MICHELI, S. 3; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 5; DERSELBE, mp 1997, S. 192; Vgl. auch ROHRER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 253-273c OR N 13.

Mietvertrags die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.[24] Beim Abschluss eines Mietvertrags für Wohn- oder Geschäftsräume handelt es sich nicht um eine Angelegenheit des alltäglichen Lebens i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB.[25]

2. Weiter kann jede **juristische Person** Partei eines Mietvertrags sein (vgl. Art. 53 ZGB).[26] Hierzu gehören zunächst die juristischen Personen des Privatrechts (Verein, Stiftung, Aktiengesellschaft, Kommandit-Aktiengesellschaft, GmbH, Genossenschaft).[27] Ebenfalls Partei des Mietvertrags nach Art. 253 ff. OR kann jede öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt sein.[28]
3. Einen besonderen Fall bildet die **Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft**. Einerseits handelt es sich um Rechtsgemeinschaften, bei denen die Rechtszuständigkeit bei den einzelnen Gesellschaftern verbleibt.[29] Andererseits können diese Gesellschaften gemäss Art. 562 bzw. Art. 602 OR unter eigener Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden. Obwohl die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft keine juristische Person ist, wird sie teilweise als solche behandelt und kann insbesondere Partei eines Mietvertrags sein.[30] Mithin liegt in diesen Fällen ein einfacher Mietvertrag vor.
4. Besonderheiten ergeben sich weiter bei der **Stockwerkeigentümergemeinschaft**. Sie ist grundsätzlich mit Bezug auf die Verwaltung des Stock-

---

24 Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben (Art. 19 Abs. 1 ZGB). Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, sowie geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens zu besorgen (Art. 19 Abs. 2 ZGB): Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 305 und Rn. 307.

25 HOTZ, Kurzkommentar, Art. 19 ZGB N 8 m.w.H.

26 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 99; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 5; DERSELBE, mp 1997, S. 192; Vgl. auch ROHRER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 253-273c OR N 13.

27 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 99; Vgl. auch HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB, Vor Art. 52-59 ZGB N 6.

28 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 99.

29 Zum Begriff der Rechtsgemeinschaft näher hinten, S. 69 ff.

30 Urteil des BGer 4C.262/2005 vom 22. November 2005 E. 2.2; zum Ganzen: TRUNIGER, Präjudizienbuch, Art. 562 OR N 1; PESTALOZZI/VOGT, BSK OR, Art. 562 OR N 1 m.w.H.; MICHELI, S. 3; vgl. auch PÜNTENER, Mietrecht für die Praxis, S. 18; so auch Urteil des Mietgerichts des Kantons Waadt vom 30. Juni 1999 E. I.a, in: CDB 2000 S. 90 ff.; a.M. SCHMID HANS, S. 349; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 48 und DERSELBE, mp 1997, S. 193, welche auch eine Parteigruppe annehmen, wenn eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft als «Partei» auftritt, da die Rechtszuständigkeit in beiden Fällen bei den einzelnen Gesellschaftern verbleibe.

werkeigentums handlungsfähig.[31] Zur Wahrnehmung ihrer Verwaltungsaufgaben kann die Gemeinschaft in eigenem Namen Verträge mit Dritten eingehen, insbesondere Mietverträge zur Vermietung eines gemeinschaftlichen Teils. Ebenfalls denkbar ist etwa die Miete durch die Gemeinschaft eines Saals zur Durchführung der Stockwerkeigentümerversammlung.[32] Es handelt sich auch in diesen Fällen um einfache Mietverträge.

Einer Parteiengruppe können alle erwähnten Vertragsparteien angehören. Beim gemeinsamen Mietvertrag ist namentlich auf Vermieter- oder Mieterseite eine Kombination von natürlichen und juristischen Personen möglich.[33]

2. Die Vertreter und weitere Beteiligte

Die Vertragsparteien können die Willenserklärungen zum gemeinsamen Vertragsschluss persönlich abgeben oder über einen **Vertreter.**[34] Darauf ist nachfolgend näher einzugehen.[35]

Am Vertragsschluss können **weitere Personen** beteiligt sein (z.B. Boten; gesetzliche Vertreter).[36] Von besonderer Bedeutung ist vorliegend der **gesetzliche Vertreter,** der seine Zustimmung zum Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags einer urteilsfähigen handlungsunfähigen Person erteilt. Der gesetzliche Vertreter wird nicht Partei des Mietvertrags: Die Zustimmung ersetzt lediglich die fehlende Handlungsfähigkeit.[37] Fehlt diese Zustimmung bei einer Person, die sich im Rahmen eines gemeinsamen Mietvertrags binden will, oder fehlt es dieser aus anderen Gründen an der erforderlichen Handlungsfähigkeit zum Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags, ist ihre Willenserklärung grundsätzlich unwirksam,[38] was beim gemeinsamen Mietvertrag die Gültigkeit des gesamten Geschäfts beschlagen kann.[39]

31 WERMELINGER, ZK, Art. 712l ZGB N 116.

32 Vgl. WERMELINGER, ZK, Art. 712l ZGB N 197 m.w.H.

33 Vgl. FUTTERLIEB, immobilia, S. 28; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 18; DERSELBE, mp 1997, S. 192; vgl. auch BLUMER, N 303.

34 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 299 und Rn. 305.

35 Siehe dazu hinten, S. 14 ff.

36 Vgl. für eine Übersicht: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 304-307.

37 Vgl. BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. Art. 19-19c ZGB N 64.

38 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 302.

39 Siehe dazu hinten, S. 25 ff.

II. Der gemeinsame Vertragsschluss

1. Die wesentlichen Vertragspunkte

Wie beim einfachen Mietvertrag setzt das Zustandekommen voraus, dass sich die Parteien über die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte einigen.[40] Haben sie sich über alle wesentlichen Punkte geeinigt, wird gemäss Art. 2 Abs. 1 OR vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrags nicht hindern solle. Im Einzelnen:

Der **objektiv wesentliche Vertragsinhalt** unterscheidet sich nicht von der einfachen Miete. Wesentlich für das Zustandekommen des Mietvertrags ist nach Art. 253 OR neben der Verpflichtung des Vermieters, eine Sache dem Mieter zum Gebrauch zu überlassen, die Verpflichtung des Mieters, für die Überlassung einen Mietzins zu leisten.[41]

In der Lehre und Rechtsprechung wird einhellig vertreten, beim gemeinsamen Vertrag sei für das Zustandekommen des Vertrags, neben dem Einverständnis über alle wesentlichen Vertragspunkte, bei allen Vertragsparteien der übereinstimmende **Wille** vorausgesetzt, dass auf der einen und/oder anderen Seite des Vertrags **mehrere Personen als Parteiengruppe zu beteiligen** seien.[42]

Weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung wird – soweit ersichtlich – näher thematisiert, wie dieser vorausgesetzte Wille dogmatisch erfasst werden soll. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei der Bestimmung der Parteien um einen zu regelnden Vertragspunkt, der objektiv wesentlich ist.

Objektiv wesentlich sind diejenigen Vertragspunkte, die den «unentbehrlichen Geschäftskern» bilden. Es sind die Elemente, die nach den Umständen «ein sinnvolles Ganzes» darstellen.[43] Nach GAUCH, dem auch das Bundesgericht zu folgen scheint, ist mittels Umkehrschlusses zu ermitteln, welche Vertragspunkte objektiv wesentlich sind. Danach sind jene Punkte objektiv wesentlich, die einer Vereinbarung durch die Parteien bedürfen und vom Richter weder gestützt auf das Gesetz, das Gewohnheitsrecht oder das Richterrecht ergänzt werden können.[44] Die Bestimmung, wer Vertragspartei sein soll und in

40 Vgl. Urteil des BGer 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 6a, in: SJ 1995, S. 53 ff.; MICHELI, S. 7; SCHMID HANS, S. 354.

41 Statt vieler: ROHRER, SVIT-Kommentar, Art. 253 OR N 1.

42 Vgl. Urteil des BGer 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 6a, in: SJ 1995, S. 53 ff.; SCHMID HANS, S 354; SCHMID JÖRG, S. 32; von TUHR/ESCHER, S. 294; vgl. auch MICHELI, S. 7.

43 Urteile des BGer 4A_262/2017 vom 17. Januar 2018 E. 4.2.1; 4C.155/2004 vom 6. Juli 2004 E. 2.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 341.

44 Urteil des BGer 4A_262/2017 vom 17. Januar 2018 E. 4.2.1; GAUCH, Vertragspunkte, S. 47; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 335; KOLLER ALFRED, OR AT, § 6 N 6.31.

welcher Rolle, ist für sich allein ein zu regelnder Vertragspunkt.[45] Dieser ist objektiv wesentlich, da eine Einigung darüber vorausgesetzt ist, und eine **Ergänzung durch den Richter ausgeschlossen.**[46] Handelt es sich bei der Beteiligung mehrerer Mieter am Vertrag um einen objektiv wesentlichen Punkt, so kommt der Mietvertrag bei fehlender Einigung sämtlicher Parteien somit mangels Konsens nicht zustande.[47]

Richtet der Vermieter seinen Antrag an beide, gibt er diesen damit zu verstehen, dass er sich nur vertraglich binden will, sofern beide Mieter seinen Antrag gemeinsam annehmen und Vertragsparteien werden. Dies geschieht beim schriftlichen Vertrag aufseiten des Vermieters etwa dadurch, dass dieser die zwei Personen als Mieter in den Vertragskopf des Mietvertrags aufnimmt und seine Erklärung somit an beide richtet.

Wäre dieser Punkt nicht objektiv wesentlich, würde zwischen einem Vermieter X und einer akzeptierenden Person A ein (einfacher) Mietvertrag zustande kommen, auch wenn die zweite Person B den an sie gerichteten Antrag des Vermieters X zum Abschluss eines gemeinsamen Vertrags nicht annimmt.[48] Ein einfacher Mietvertrag zwischen dem Vermieter und der akzeptierenden Person A kommt im erwähnten Fall nur dann zustande, wenn die Bindung des Vermieters an seinen an die Person B gerichteten Antrag entfällt, oder die Person B das Akzept verweigert und der Vermieter mit der Person A übereinkommt, einen (einfachen) Mietvertrag ohne die Person B abzuschliessen.

2. Die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen

Wie jeder Vertrag beruht auch der gemeinsame Vertrag auf einem Austausch übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR).[49] Sind auf der einen und/oder anderen Vertragsseite mehrere Parteien beteiligt, kommt der Vertrag im Allgemeinen zustande, sobald alle Beteiligten sich mittels Abgabe der entsprechenden Willenserklärungen auf den wesentlichen Vertragsinhalt geeinigt haben und diese Willenserklärungen allen zugekommen sind.[50] Die Grundsätze der Regeln über Antrag und Annahme (Art. 3 ff. OR) gelten auch bei gemeinsamen Verträgen.[51] Dazu im Einzelnen:

45 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 337.

46 GAUCH, Vertragspunkte, S. 47; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 330; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 29.03.

47 Besonderes gilt für den Fall, da die Miete trotzdem angetreten wird; siehe dazu hinten, S. 17 ff.

48 Siehe zum Vertragsabschluss näher sogleich, S. 11 ff.

49 Statt vieler: Urteil des BGer 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 6a, in: SJ 1995, S. 53 ff.

50 Urteil des BGer 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 6a, in: SJ 1995, S. 53 ff.; SCHMID HANS, S. 354; VON TUHR/ESCHER, S. 294 f.

51 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 294 f.

1. Ein gemeinsamer Vertrag zwischen einer Person X und zwei Personen A und B kommt dadurch zustande, dass die Personen A und B ihren Willen erklären, sei es als – separat oder gemeinsam erklärte – Anträge an die Person X oder als gemeinsame Annahme des von der Person X an A und B gerichteten Antrags.[52] Schliesst die Person X einen zweiseitigen Schuldvertrag mit den zwei Gegenparteien A und B, liegen **drei Willenserklärungen** vor:[53] (i) die Erklärung der Person X, die als Antrag oder Annahme an die Personen A und B gerichtet ist, (ii) die Erklärung der Person A an die Person X sowie (iii) die Erklärung der Person B an die Person X. Selbst wenn die Personen A und B ihre Erklärungen gemeinsam abgeben, handelt es sich um individuelle Erklärungen der einzelnen Personen, da sie als Gemeinschaft nicht rechtsfähig sind, sondern die Rechte und Pflichten persönlich begründen.[54]

   Oftmals **inseriert der Vermieter die Mietsache im Internet** oder in einem anderen Medium. Einem Inserat fehlt in der Regel der für einen Antrag erforderliche definitive Rechtsbindungswille, sodass darin lediglich eine Einladung zur Offertstellung zu sehen ist.[55] Stellt hierauf beispielsweise Person A eine gemeinsame Offerte zweier Mieter allein, ohne dass ein Vertretungsverhältnis besteht, so ist er solange an seinen Antrag gebunden, wie der Vermieter X nach den Umständen mit dem Zugang der Erklärung des B rechnen kann (vgl. Art. 5 Abs. 1 OR).[56] Unterbleibt die Erklärung des B, entfällt grundsätzlich die Bindung des A an seinen Antrag.[57] Verweigert einer der Mitmieter die Zusage, so entfällt mithin grundsätzlich die Bindungswirkung der bereits zugegangenen Willenserklärung des anderen.[58]
2. Die für das Zustandekommen erforderlichen **Willenserklärungen sind empfangsbedürftig,** d.h. sie werden erst wirksam, wenn sie vom Adressa-

52 VON TUHR /ESCHER, S. 295; HASENBÖHLER, Mitwirkung, S. 40.

53 Vgl. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 27; BEHRENS, S. 58; wohl auch so zu verstehen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 388: «Der Antrag kann sich aber auch an mehrere Empfänger richten.»; JÄGGI, ZK, Art. 1 OR N 129.

54 Vgl. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 27; Missverständlich GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 368, welche dafürhalten, «dass mehrere Personen zusammen einen einzigen Antrag stellen.» Ebenfalls VON TUHR/ESCHER, S. 295, die von einer Offerte bzw. Annahme zweier Personen sprechen.

55 Vgl. HUGUENIN, N 211; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 50; PERMANN, OFK Mietrecht, Art. 253 OR N 4.

56 VON TUHR/ESCHER, S. 295.

57 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 413; HASENBÖHLER, Mitwirkung, S. 40.

58 HASENBÖHLER, Mitwirkung, S. 40 mit Verweis ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs VIII ZR 72/63 vom 17. Februar 1965; vgl. auch Urteil des Landesgerichts Berlin 67 S 391/06 vom 3. September 2007 E. 2.

ten empfangen worden sind. Für das Wirksamwerden der Willenserklärung ist grundsätzlich der Zugang massgeblich.[59] Die Erklärungen der Personen A und B müssen der Person X somit zugehen. Sie brauchen aber weder gleichzeitig zu erfolgen, noch ist eine gemeinsame Erklärung erforderlich.[60]

3. Obwohl der Mietvertrag an keine Form gebunden ist (Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 253 OR), wird er meistens in schriftlicher Form abgeschlossen. Von besonderer Bedeutung ist in der Praxis die Bestimmung zum **Formvorbehalt**. Ist für einen Vertrag, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird gemäss Art. 16 Abs. 1 OR vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Die Vereinbarung eines Formvorbehalts gemäss Art. 16 OR ist formlos gültig und kann auch konkludent erfolgen. Beim Abschluss von Mietverträgen kommt es in der Praxis häufig vor, dass der Vermieter den Mietern zwecks Vertragsschlusses einen gegebenenfalls bereits unterschriebenen schriftlichen Vertrag zur Unterzeichnung zukommen lässt. Schickt eine Partei der Gegenpartei Exemplare der schriftlichen Vertragsurkunde zur Unterzeichnung zu, ist nach der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, dass es zur Eingehung der Verpflichtung der Schriftform bedarf.[61]

   Gibt Person B im vorstehend unter Ziff. 1 erwähnten Beispiel den erforderlichen zweiten Antrag ab und schickt der Vermieter X anschliessend einen an beide gerichteten schriftlichen Vertragsentwurf zur Unterzeichnung zu, ist anzunehmen, dass es zur Eingehung der Verpflichtung der Schriftform bedarf (Art. 16 Abs. 1 OR). Dabei führt der Vermieter im Vertragskopf des Vertragsentwurfs die Personen A und B als Mieter auf. Akzeptiert der Vermieter X die gemeinsame Offerte, wird er seine Annahme bei einem schriftlichen Vertrag dadurch kundtun, dass er das an die Personen A und B versandte Vertragsdoppel bereits unterzeichnet. Aufgrund des vermuteten Schriftformerfordernisses ist für das gültige Zustandekommen in der Regel die Unterschrift beider Mieter erforderlich (vgl. Art. 13 Abs. 1 OR).[62]

59 Zum Ganzen statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 194 ff. m.w.H.

60 VON TUHR/ESCHER, S. 295; HASENBÖHLER, Mitwirkung, S. 40.

61 BGE 139 III 160 E. 2.6 (übersetzt in: Pra 2013 Nr. 106, S. 823 ff.); Urteil des BGer 4C.1/2000 vom 27. März 2000 E. 3a; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK OR, Art. 16 OR N 5 m.w.H.; STEHLE, Präjudizienbuch, Art. 16 OR N 3.

62 Vgl. Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 3.2; FUTTERLIEB, immobilia, S. 28 f.; HASENBÖHLER, Familienwohnung, S. 230; SCHMID JÖRG, S. 32; vgl. auch DILLIER, S. 242.

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass ein unter einem konstitutiven Formvorbehalt gemäss Art. 16 Abs. 1 OR stehender Vertrag nach herrschender Lehre nicht die Gültigkeit des Vertrags beschlägt, sondern dessen **(konsensmässiges) Zustandekommen.**[63] Liegt demgegenüber ein Konsens vor und kommt der Vertrag zustande, ist im Falle von Gültigkeitsmängeln zu prüfen, inwiefern diese Mängel zur Ungültigkeit des Mietvertrags führen.[64]

4. Bei einem **mündlichen Mietvertrag** ist durch Auslegung der abgegebenen Erklärungen – soweit i.S.v. Art. 8 ZGB nachgewiesen – zu ermitteln, mit wem der Vertrag geschlossen wurde und ob die Beteiligung mehrerer Mieter für mindestens eine Partei – für die Gegenpartei erkennbar – zum Vertragsschluss wesentlich war. Wie beim konkludenten Abschluss eines Mietvertrags sind die Begleitumstände der Vertragsentstehung von besonderer Bedeutung.

   Insbesondere können die aus der Zeit vor Vertragsschluss datierenden Unterlagen nähere Anhaltspunkte liefern. Bewerben sich zwei Mieter gemeinsam für ein Objekt, ist dies Indiz dafür, dass eine gemeinsame Miete beabsichtigt ist.[65] Ebenfalls ein Indiz für einen gemeinsamen Vertragsschluss bildet die Tatsache, dass der Vermieter die Schlüssel an zwei bzw. mehrere Personen übergibt.[66] Demgegenüber spricht für ein einfaches Mietverhältnis, wenn der Vermieter weiss, dass mehrere Personen das Mietobjekt benützen, die Vertragsverhandlungen ausschliesslich oder zumindest weitestgehend mit einer Person geführt wurden und dieser Person auch die Schlüssel übergeben werden.

III. Der gemeinsame Vertragsschluss durch einen Vertreter

1. Vorbemerkungen

Neben dem direkten Vertragsschluss, bei dem sämtliche Mieter den in der Regel schriftlichen Mietvertrag eigenhändig unterzeichnen, ist auch der Abschluss durch einen (gemeinsamen) Stellvertreter möglich.[67] So ist beispielsweise der Vermieter beim Vertragsschluss regelmässig durch einen Dritten vertreten (z.B. Liegenschaftsverwalter).

63 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 597 m.w.H., KOLLER, N 12.154; MÜLLER, BK, Art. 16 OR N 63 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK OR, Art. 16 OR N 9.

64 Siehe dazu hinten, S. 25 ff.

65 Vgl. aus der deutschen Rechtsprechung Urteil des Landesgerichts Berlin 67 S 391/06 vom 3. September 2007 E. 2.

66 SCHMID JÖRG, S. 32.

67 Statt vieler: SCHMID JÖRG, S. 32.

Auf Mieterseite wird häufig kein Dritter als Vertreter eingesetzt. Der Vertrag wird vielmehr von einem Mitmieter für sich selbst und den anderen abgeschlossen. Namentlich bei Eheleuten kommt es vor, dass ein Ehegatte den gemeinsamen Vertrag für sich selbst und in Vertretung des anderen schliesst.

2. Die Vertretung durch einen Mitmieter

Näher beleuchtet wird nachfolgend der beim gemeinsamen Mietvertrag problematische Fall, da es sich beim Stellvertreter selbst um eine Vertragspartei handelt, die für sich selbst und den anderen zeichnet. Wenn jemand, der zur Vertretung eines anderen ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet (Art. 32 Abs. 1 OR). Hauptvoraussetzungen für die direkte Stellvertretung sind die Vertretungsmacht und das Handeln in fremdem Namen.[68]

1. Die Vertretungswirkung entsteht zunächst, wenn jemand, der **zur Vertretung eines anderen bevollmächtigt** ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst. Bei der gewillkürten Stellvertretung wird die Vertretungsmacht durch eine Bevollmächtigung des Vertretenen eingeräumt.[69] Fehlt eine Vollmacht, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Vertretungswirkung ausnahmsweise dennoch eintritt, sei es durch Genehmigung (Art. 38 OR) oder aufgrund des Gutglaubensschutzes Dritter (vgl. Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 und Art. 37 OR).[70]
2. Sofern keine anderslautende gesetzliche Vorschrift besteht, kann die Vollmacht formfrei, d.h. insbesondere auch konkludent, eingeräumt werden (Art. 11 Abs. 1 OR).[71] Es empfiehlt sich, aus Beweisgründen eine schriftliche Vollmacht des vertretenen Mieters einzuholen.
3. Weiter ist vorausgesetzt, dass der unterzeichnende Mieter nicht nur für sich, sondern auch im **Namen des anderen Mitmieters** handelt. Der Dritte hat spätestens bei Vornahme der Vertretungshandlung zu erklären, dass er nicht nur in eigenem, sondern überdies im Namen eines anderen handelt.[72]
4. Wird wie im Normalfall ein **schriftlicher Mietvertrag** abgeschlossen, bezeichnet das Rubrum sämtliche Mitmieter als «Mieter» und enthält das Dokument auf der Unterschriftenseite entsprechende Unterschriftenblöcke. Handelt es sich bei der vorbehaltenen Schriftform um eine

68 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1318.

69 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1322.

70 WATTER, BSK OR, Art. 32 OR N 14.

71 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1347 m.w.H.

72 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1328 m.w.H.

Gültigkeitsform (vgl. Art. 16 OR), ist grundsätzlich auch das Vertretungsverhältnis davon erfasst. Erfolgt die Unterschrift durch einen Vertreter, ist das Vertretungsverhältnis anzugeben bzw. muss es aus der Urkunde hinreichend deutlich werden.[73] Ansonsten liegt in der Regel ein Eigengeschäft vor.[74] Das Vertretungsverhältnis muss aus der Urkunde selbst hervorgehen. Nur dann wird in der vorgeschriebenen Form klargestellt, wer berechtigt und verpflichtet wird.[75]

5. Unterschreibt ein Mieter stellvertretend auch für seinen Mitmieter, macht er das Vertretungsverhältnis im Normalfall durch einen Zusatz (z.B. «i. V.») auf der betreffenden Unterschriftenzeile des anderen Mieters deutlich.[76] Richtigerweise ist jedoch gleichgültig, wie das Vertretungsverhältnis in der Urkunde zum Ausdruck kommt. Neben der Verbindung mit der Unterschrift kann es sich insbesondere auch aus dem Vertragskopf ergeben oder aus dem Vertragstext im Allgemeinen, sofern es nur eindeutig hervortritt.[77] Denkbar ist etwa auch, dass der unterzeichnende Mieter eine zweite Unterschrift auf der für den anderen Mieter vorgesehenen Unterschriftenzeile setzt.[78]
6. Beim **mündlichen Mietvertrag** ist demgegenüber zu prüfen, ob sich das Vertretungsverhältnis (stillschweigend) aus den Umständen ergibt (Art. 32 Abs. 2 OR).[79]

IV. Pathologische Fälle

Es gibt im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des gemeinsamen Mietvertrags oder der Vertretung strittige Fälle, in denen anhand sämtlicher Umstände mittels Auslegung zu entscheiden ist, ob, und gegebenenfalls mit wem, ein Mietvertrag entstanden ist.

73 BGE 112 II 330 E. 1a m.w.H.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK OR, Art. 13 OR N 6; ZÄCH/KÜNZLER, ZK, Art. 32 OR N 52; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 514; vgl. auch KLEIN, ZK, Art. 32 OR N 38.

74 Vgl. etwa Urteil des BGer 4C.446/2006 vom 26. März 2007 E. 3.2 und E. 3.4, wo ein Vertretungsverhältnis insbesondere verneint wurde, weil der Vertrag keinen Hinweis auf ein solches enthielt.

75 BGE 102 II 197 E. 2b; ZÄCH/KÜNZLER, ZK, Art. 32 OR N 52.

76 Vgl. ZÄCH/KÜNZLER, ZK, Art. 32 OR N 43.

77 Vgl. KRAMER/SCHMIDLIN, BK, Art. 12–15 OR N 15.

78 Vgl. zur deutschen Rechtsprechung: Urteil des Landesgerichts Berlin 67 S 391/06 vom 3. September 2007 E. 2.

79 Dazu näher: ZÄCH/KÜNZLER, ZK, Art. 32 OR N 45 ff.; KLEIN, ZK, Art. 32 OR N 96 ff.

1. Fehlende Unterschrift

Bei schriftlichen Verträgen ist der Fall denkbar, dass der Vertrag im Vertragskopf zwar zwei Personen als «Mieter» aufführt, der Vertrag jedoch nur von einer Person unterzeichnet wird und die **Unterschrift des Zweiten fehlt.** Unterbleibt die Unterzeichnung durch den anderen Mieter, kommt der gemeinsame Vertrag grundsätzlich nicht zustande.[80]

Besondere Probleme bereitet die Situation, wenn die **Miete trotz fehlender Unterschrift angetreten** wird.[81]

1. Möglich ist, dass sich der unterschreibende Mieter mit dem Vermieter darauf geeinigt hat, die Miete **allein zu bestreiten.** Diesfalls kommt ein einfacher Mietvertrag mit Mieter zustande, und zwar – vorbehältlich abweichender Vereinbarungen – mit dem Inhalt des vom Mieter mittels Unterschrift bestätigten Vertragsdokuments.[82] Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Formvorbehalt nur das ursprüngliche in Schriftform festgehaltene Vertragsverhältnis beschlägt, nicht aber die separate Vereinbarung mit dem einzelnen Mieter.[83]

   Redaktionell sauber wäre es, ein neues Vertragsdokument aufzusetzen, das nur noch einen Mieter im Vertragskopf aufführt. Wird die Einigung nicht schriftlich abgebildet, ist zur Ermittlung des tatsächlichen Willens auf die Umstände und auch auf das nachvertragliche Verhalten abzustellen.[84]
2. Möglich – und mittels Auslegung im Streitfall zu ermitteln – ist auch, dass trotz fehlender Unterschrift ein gemeinsamer Mietvertrag zustande kommt, da **sämtliche Parteien** hinsichtlich der fehlenden Unterschrift des Mieters stillschweigend und übereinstimmend **auf das Formerfordernis verzichtet** haben und damit auch der nicht unterzeichnende Mieter Vertragspartei geworden ist.[85] Für einen solchen Verzicht sämtlicher Parteien mit Bezug auf den anderen Mieter sind jedoch hinreichend konkrete

80 Siehe dazu bereits vorne, S. 10 f.

81 Vgl. Urteil des BGer 4A_207/2007 vom 21. August 2007 E. 5.2 f.

82 Vgl. Urteil des BGer vom 21. August 2007 E. 5.2. Ein gemeinsamer Mietvertrag wurde nur von einem von zwei Mietern unterzeichnet. Das Mietobjekt wurde dem unterzeichnenden Mieter überlassen. Der andere Mieter hatte daran erkennbar kein Interesse. Das Gericht schloss aufgrund der Umstände auf ein Vertragsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem unterzeichnenden Mieter allein.

83 Vgl. Urteil des BGer 4A_207/2007 vom 21. August 2007 E. 5.2.

84 Vgl. Urteil des BGer 4A_207/2007 vom 21. August 2007 E. 5.3.

85 Vgl. die Rechtsprechung zu Art. 16 OR: BGE 125 III 263 E. 4c; Urteil des BGer 4A_41/2009 vom 1. April 2009 E. 4.1 je m.w.H.

Anhaltspunkte erforderlich, wobei auch hier die Umstände (z.B. gemeinsame Übernahme der Schlüssel) – und insbesondere das nachvertragliche Verhalten (z.B. gemeinsame Wahrnehmung von Mängelrechten) – Aufschluss geben können.[86]

Ein konkludenter Verzicht auf die vertraglich vorbehaltene Form i.S.v. Art. 16 Abs. 1 OR wurde im Urteil des Bundesgerichts 4A_416/2012 vom 21. November 2012 E. 3.3 bei einer einfachen Miete aufgrund der vorbehaltlosen Entgegennahme der Schlüssel durch die Mieterin und deren Aufforderung, im Mietobjekt Lavabos und Lichtanlagen zu entfernen, angenommen.

Das Bundesgericht hat einen konkludenten Verzicht bei einem Mietvertrag verneint, der einen Mietbeginn am 1. Juli 2002 vorsah. Die Mieterin bezog das Mietobjekt im Juli 2002, leistete in der Folge aber die vertraglich vorgesehenen Zahlungen nicht. Der Vermieter erklärte am 24. Juli 2002, er halte sich nicht an den (von der Mieterin nicht unterzeichneten) Mietvertrag gebunden. Am 15. August 2002 sprach er die sofortige Kündigung aus und wies darauf hin, dass der Vertrag nicht zustande gekommen sei. Das Bundesgericht verneinte aufgrund der Schreiben des Vermieters, dass die Leistungen (insb. Mietzinszahlungen) «vorbehaltlos» entgegengenommen worden und auf den Formvorbehalt verzichtet worden sei.[87]

3. Ein Rückgriff auf das im Mietrecht grundsätzlich anerkannte Institut des **«faktischen Vertragsverhältnisses»**[88] ist nach der hier vertretenen Auffassung in der Regel nicht erforderlich, falls die Miete trotz fehlender Unterschrift angetreten wird. Entweder lässt sich aufgrund der Umstände ein einfaches Mietverhältnis begründen[89] oder ist aus den Erfüllungshandlungen auf einen Verzicht auf die vorbehaltene Form zu schliessen, wodurch ein gemeinsames Mietverhältnis entsteht.

2. Fehlendes Vertretungsverhältnis

Zur gültigen Vertretung i.S.v. Art. 32 OR ist wie erwähnt grundsätzlich erforderlich, dass der Vertreter in fremdem Namen handelt und vom Vertretenen dazu bevollmächtigt ist.

86 Vgl. Urteil des BGer 4A_416/2012 vom 21. November 2012 E. 3.3.

87 Urteil des BGer 4C.85/2004 vom 22. April 2004 E. 2.2.

88 Vgl. zum Begriff: Urteil des BGer 4C.284/2000 vom 23. Januar 2002 E. 2 c/aa; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1189.

89 Vgl. Urteil des BGer 4A_207/2007 vom 21. August 2007 E. 5.2.

Ist das Vertretungsverhältnis nicht angegeben bzw. geht es nicht aus der Urkunde hervor, liegt in der Regel ein **Eigengeschäft** der unterzeichnenden Person vor. Aufgrund dieses Erfordernisses ist ein stillschweigendes Handeln für den anderen Mieter (vgl. Art. 32 Abs. 2 OR) meistens ausgeschlossen.[90]

Weiter ist der Fall möglich, dass eine Person **in Vertretung einer anderen** den Mietvertrag unterzeichnet, d.h. unter rechtsgenüglicher Angabe des Vertretungsverhältnisses, **aber ohne Vollmacht.** In diesem Fall sind folgende Konstellationen auseinanderzuhalten:

1. Hat jemand, ohne dazu ermächtigt zu sein, als Stellvertreter einen Vertrag abgeschlossen, so wird der Vertretene nur dann Gläubiger oder Schuldner, wenn er den Vertrag **genehmigt** (Art. 38 Abs. 1 OR). Wird eine vollmachtlose Vertretung eines zweiten Mieters nachträglich nicht genehmigt, kommt in der Regel kein gemeinsamer Mietvertrag zustande.[91]

   Stillschweigen bedeutet in der Regel keine Genehmigung. Wäre jedoch ein Widerspruch möglich und zumutbar und kann der Dritte in guten Treuen davon ausgehen, dass der Vertretene widersprechen würde, so bedeutet ein Stillschweigen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich eine nachträgliche Genehmigung.[92] Vorausgesetzt ist, dass die betreffende Person Kenntnis vom fraglichen Geschäft hatte oder haben musste.[93] Hat die betreffende Person Kenntnis vom fraglichen (schriftlichen) Mietvertrag oder hätte nach den Umständen Kenntnis haben müssen, und übernimmt sie gemeinsam mit dem anderen Mieter widerspruchsfrei die Mietsache, ist somit in der Regel auf eine nachträgliche Genehmigung des Geschäfts zu schliessen.
2. Fehlt es an einer Genehmigung, ist einzig zu prüfen, ob dem Dritten trotz Fehlen einer internen Vollmacht eine **Bevollmächtigung kundgetan** wurde und diese Kundgabe vom Dritten nach dem Vertrauensprinzip so verstanden werden durfte (Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 und Art. 37 OR).[94] Eine Vollmachtsmitteilung i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR liegt vor, wenn der Vollmachtgeber dem Dritten mitteilt, er habe einen Vertreter bevollmächtigt, für ihn zu handeln. Diese Mitteilung beinhaltet keine an den Vertreter gerichtete Bevollmächtigung, sondern eine Orientierung des Dritten, dass

90 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1336, KUT, Handkommentar, Art. 32 OR N 26; ZÄCH/KÜNZLER, ZK, Art. 32 OR N 52 m.w.H.

91 Siehe aber sogleich, S. 19 f.

92 Statt vieler: BGE 124 III 355 E. 5a; Urteil des BGer 9C_495/2015 vom 17. Juni 2016 E. 5.2.6; WATTER, BSK OR, Art. 38 OR N 6.

93 Urteil des BGer 9C_495/2015 vom 17. Juni 2016 E. 5.2.4.

94 Vgl. Urteil des BGer 4C.131/2006 vom 4. Juli 2006 E. 2.2.

diese Vollmacht bereits besteht. Durch die Mitteilung an den Dritten wird somit zwar keine Vollmacht erteilt,[95] sie führt gegebenenfalls jedoch zu einem Gutglaubensschutz des Dritten, gegenüber dem sich der Umfang der Vollmacht nach Massgabe der erfolgten Kundgebung beurteilt.[96]

Besteht die Kundgabe in einem **passiven Verhalten** des Vertretenen, müssen zusätzlich hinreichende objektive Umstände gegeben sein, aus denen der Dritte auf die Bevollmächtigung des Vertreters zum Abschluss des in Frage stehenden Geschäfts schliessen darf.[97] Dies ist der Fall, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass der Vertretene stillschweigend eine Ermächtigung des unterzeichnenden Mieters kundgetan hat, für die Gemeinschaft bzw. in ihrer Vertretung zu handeln, und der Vermieter in gutem Glauben darauf vertrauen durfte.[98]

— Die blosse Besichtigung einer Wohnung durch zwei Personen reicht im Allgemeinen nicht für eine stillschweigende Kundgabe einer Ermächtigung des anderen zum gemeinsamen Vertragsschluss.[99] Für eine Kundgabe sind weitere Anhaltpunkte erforderlich.
— Indizien bilden etwa Unterlagen (z.B. Bewerbung oder sonstige Schreiben), die während der Vertragsverhandlungsphase erstellt wurden, aus denen hervorgeht, dass beide Personen beabsichtigten, das Objekt gemeinsam zu mieten.[100]
— Ein deutliches Indiz für eine stillschweigende Ermächtigung liegt vor, wenn die Vermieterschaft im Vertragsdokument beide Personen als «Mieter» aufführt, beide das Dokument erhalten und die nicht unterzeichnende Person nicht dagegen opponiert, dass sie als «Mieter» bezeichnet wird.[101] Durch das passive Verhalten beseitigt sie den durch die Parteien ge-

95 Die Kundgabe der Vollmacht bedeutet keine «externe» Vollmacht und begründet keine Vertretungsmacht des Vertreters, vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1407; ZÄCH/KÜNZLER, BK, Art. 33 OR N 128.

96 Statt vieler: Urteil des BGer 4C.377/2000 8. März 2001; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1394 und Rn. 1396; KUT, Handkommentar, Art. 33 OR N 37; ZÄCH/KÜNZLER, BK Art. 33 OR N 126 m.w.H. Diese Bestimmung wird auch bei Ehegatten im Rahmen von Art. 166 Abs. 2 ZGB angewendet: MEIER/DE LUZE, S. 390 m.w.H.

97 BGE 120 II 197 E. 3b); Urteile des BGer 2C_1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 5.2; 4A_313/2010 vom 3. September 2010 E. 3.4.2.3 und 4C.131/2006 vom 4. Juli 2006 E. 2.2.

98 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1392; BGE 120 II 197 E. 2b/cc.

99 Vgl. die einhellige Lehre zu Art. 166 ZGB: MEIER/DE LUZE, 390 f.; HASENBÖHLER, ZK, Art. 166 ZGB N 56 m.w.H.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 166 ZGB N 68 und Art. 162 ZGB N 24.

100 Vgl. aus der deutschen Rechtsprechung: Urteil des Landesgerichts Berlin 67 S 391/06 vom 3. September 2007 E. 2.

101 So auch MEIER/DE LUZE, S. 391; vgl. auch Urteil des BGer 4C.131/2006 vom 4. Juli 2006.

schaffenen Anschein nicht, sondern erweckt mit der Duldung des Rechtsscheins den Eindruck, die im Mietvertrag genannten Personen werden durch die in Vertretung unterzeichnende Person vertreten. Anders wäre der Fall nur zu beurteilen, wenn das Vertretungsverhältnis – wie weiter vorne besprochen – sich nicht aus der Vertragsurkunde ergeben würde.[102]

Liegt ein Eigengeschäft vor oder handelte der Vertreter ohne Vertretungsmacht, tritt keine Vertretungswirkung ein.[103] Der vermeintlich Vertretene wird durch den Mietvertrag nicht gebunden. Ist die Beteiligung der betreffenden Person objektiv wesentlich, kommt der gemeinsame Mietvertrag mangels gültiger Vertretung nicht zustande.[104]

3. Mitunterzeichnung durch einen Dritten

Ist bei schriftlichen Verträgen im Vertragskopf und im Unterschriftenblock nur eine Person als Mieter bezeichnet, unterzeichnet aber eine Drittperson mit, ist mittels Auslegung zu klären, welcher **Erklärungswert dieser Mitunterzeichnung** zukommt.[105]

Die Meinungen in der Lehre über die Bedeutung einer Mitunterzeichnung gehen von der Begründung einer Mitmieterschaft über ein Sicherungsgeschäft (z.B. kumulative Schuldübernahme)[106] bis hin zur blossen Bestätigung der Kenntnisnahme (z.B. bzgl. der Hausordnung[107]).[108] Auch kann es sich je nach den Umständen um die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handeln.[109] Die Schwierigkeit liegt darin, dass der Vertrag in diesem Fall in der Regel keine ausdrückliche Erklärung des Mitunterzeichnenden enthält. Bei der Auslegung

102 Siehe vorne, S. 19.

103 Vgl. WATTER, BSK OR, Art. 32 OR N 12.

104 Siehe vorne, S. 10 f.

105 Vgl. SOMMER, MRA 2003, S. 97, die dafürhält, dass sich die unterzeichnende Person selbst dann als Mieter verpflichtet, wenn unter der Parteibezeichnung im Vertrag nur die Personalien der anderen Person aufgeführt werden; vgl. auch HASENBÖHLER, Familienwohnung, S. 232.

106 Vgl. etwa SCHMID JÖRG, S. 32, nach welchem bei Mitunterzeichnung des Ehegatten mittels Auslegung zu ermitteln ist, ob ein gemeinsamer Mietvertrag entstanden ist oder ob eine kumulative Schuldübernahme vorliegt. Für eine kumulative Schuldübernahme in der Regel: TERCIER/BIERI/CARRON, N 1686 m.w.H.; VON TUHR/ESCHER, S. 303.

107 Vgl. etwa in der deutschen Literatur: KINNE, S. 36.

108 Vgl. HASENBÖHLER, Familienwohnung, S. 232: «Mitunterzeichnung des Mietvertrags durch den andern Gatten kann aber auch die Bedeutung der Erklärung des Einverständnisses beinhalten; der mitunterzeichnende Gatte will zum Ausdruck bringen, dass er das Mietobjekt kennt und als Familienwohnung akzeptiert.» So auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 162 ZGB N 26.

109 Vgl. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 11.

kommt folglich den Umständen des Vertragsschlusses wesentliche Bedeutung zu. So sind im Rahmen der Auslegung etwa mündliche oder schriftliche Erklärungen der beteiligten Personen zu berücksichtigen sowie deren Interessen und der Vertragszweck.[110] Im Einzelnen:

- Wird im schriftlichen Mietvertrag nur eine Person als Mieter erwähnt, darf gemäss der vorliegend vertretenen Auffassung in der Regel nicht darauf geschlossen werden, dass die mitunterzeichnende Person auch Mieter geworden ist.[111] Vorbehältlich entsprechender Umstände im Einzelfall kommt dem Wortlaut der Vereinbarung, d.h. etwa der Bezeichnung einer Person als «Mieter» im Vertragskopf, mehr Gewicht zu als der blossen Unterschrift.
- Aus der blossen Unterschrift lässt sich in der Regel auch nicht ableiten, dass sich die betreffende Person verpflichten wollte, solidarisch für die Bezahlung der Mietzinse und der Nebenkosten einzustehen. Für eine solche Verpflichtung sind hinreichend konkrete Anhaltspunkte darzutun.[112] Dies gilt umso mehr, als es in der Regel die Aufgabe des Vermieters ist, als Verfasser des Vertragstexts klare Verhältnisse zu schaffen.[113] Es ist mit anderen Worten aufgrund der Umstände (z.B. des Verhaltens vor Vertragsschluss) zu ermitteln, ob die Mitunterzeichnung als solche Verpflichtung verstanden wurde oder werden musste.
- Mangels solcher Anhaltspunkte ist in der blossen Mitunterzeichnung in der Regel lediglich die blosse Kenntnisnahme des Inhalts des Mietvertrags zu verstehen (z.B. bzgl. Hausordnung). Bei Ehegatten kann die Mitunterzeichnung neben der Kenntnisnahme bedeuten, dass dieser das Mietobjekt als eheliche Wohnung bzw. als Familienwohnung akzeptiert.[114]

V. Der Vertragsschluss bei vorbestehender Rechtsbeziehung

1. Durch Ehegatten und eingetragene Partner

Die vorstehenden Grundsätze sind auch beim Vertragsschluss durch zwei Ehegatten oder eingetragene Partner zu beachten.

110 Vgl. zu den Hilfsmitteln der Auslegung: WIEGAND, BSK OR, Art. 18 OR N 26 ff.

111 Gl.M. bei Ehegatten: HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 162 ZGB N 25.

112 Vgl. hierzu die Abgrenzung zum Sicherungsgeschäft, hinten S. 55 ff. Gl.M. HASENBÖHLER, Mitwirkung, S. 232; vgl. auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 162 ZGB N 25; a.M. etwa GLOOR, S 78, der bei Mitunterzeichnung eine kumulative Schuldübernahme annimmt.

113 Vgl. zur Unklarheitsregel; WIEGAND, BSK OR, Art. 18 OR N 40.

114 HASENBÖHLER, Familienwohnung, S. 232; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 162 ZGB N 26.

Sind im Rubrum des Mietvertrags etwa zwei Eheleute als Mieter bezeichnet, so kann ein Ehegatte für sich selbst und in Vertretung des anderen unterschreiben. Grundsätzlich verpflichtet ein Ehegatte den anderen nicht, wenn er allein einen Mietvertrag abschliesst. Im Allgemeinen ist der Abschluss eines Mietvertrags **kein «laufendes Bedürfnis»** der Familie i.S.v. Art. 166 Abs. 1 ZGB oder der eingetragenen Partner i.S.v. Art. 15 PartG, für die jeder Ehegatte oder Partner die Gemeinschaft verpflichten kann.[115]

Für die «übrigen Bedürfnisse» kann ein Ehegatte oder Partner die Gemeinschaft insbesondere dann vertreten, wenn er vom anderen dazu ermächtigt worden ist (Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; Art. 15 Abs. 2 lit. a PartG). Ob ein Ehegatte oder Partner vom anderen ermächtigt worden ist, ihn zu vertreten, ist wie in anderen Fällen in der Regel nach den allgemeinen **Regeln der bürgerlichen Stellvertretung** zu beantworten (Art. 32 ff. OR).[116] Die vorstehenden Ausführungen zur Stellvertretung beim gemeinsamen Vertragsschluss gelten somit auch beim Vertragsschluss durch Ehegatten oder eingetragene Partner.

2. Durch eine einfache Gesellschaft

Sofern sich das Verhältnis zwischen den Parteien aufseiten der Mieter bereits vor dem gemeinsamen Vertragsschluss zu einer einfachen Gesellschaft verdichtet hat, sind betreffend die direkte Stellvertretung Besonderheiten zu beachten. Wenn ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter mit einem Dritten Geschäfte abschliesst, so werden die übrigen Gesellschafter dem Dritten gegenüber gemäss Art. 543 Abs. 2 OR grundsätzlich nur insoweit berechtigt und verpflichtet, als es die Bestimmungen über die Stellvertretung mit sich bringen (Art. 32 ff. OR). Gemäss Art. 543 Abs. 3 OR besteht jedoch eine Vermutung des Vertretungsrechts einzelner Gesellschafter, sofern ihnen die Geschäftsführungsbefugnis überlassen ist.

Dazu ist mit Bezug auf den Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags Folgendes zu beachten:

— Das Recht der einfachen Gesellschaft enthält eine **Kaskade der Vertretungsberechtigung:** Zunächst ergibt sich aufgrund der Gesellschafterstellung aus dem dispositiven Recht eine mit dem Gesellschaftsverhältnis einhergehende Geschäftsführungsbefugnis (vgl. Art. 535 Abs. 1 OR). Aus

115 Vgl. HASENBÖHLER, ZK, Art. 166 ZGB N 40; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 166 ZGB N 54; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB, Art. 166 ZGB N 13; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, S. 209; vgl. auch BLUMER, N 306; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g N 61; SCHMID HANS, S. 352.

116 Für das Eherecht: Urteil des BGer 4C.131/2006 vom 4. Juli 2006 E. 2.2. Sinngemäss gilt dies aus für die Vertretung bei eingetragenen Partnerinnen und Partnern gemäss Art. 15 Abs. 1 PartG; vgl. auch MEIER/DE LUZE, S. 388 f.

dieser wiederum leitet sich die besondere Vermutung der Vertretungsbefugnis i.S.v. Art. 543 Abs. 3 OR ab.[117]

— Die gesetzliche Vermutung beschränkt sich nach herrschender Auffassung mit dem Verweis auf die Regelung der Geschäftsführung gemäss Art. 535 OR auf Geschäfte, die den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft betreffen.[118] Für die Frage, ob ein ordentliches oder ausserordentliches Geschäft vorliegt, ist neben dem Zweck der Gesellschaft auch die Art und Grösse der Gesellschaft, der Gesellschaftsvertrag und die Art und das Ausmass der fraglichen Geschäftsführungshandlung zu würdigen.[119] Beim Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags von Wohn- oder Geschäftsräumen handelt es sich bei einer Gelegenheitsgesellschaft, die für diesen Zweck gegründet wird, um das wesentliche Rechtsgeschäft, das überdies sowohl aufgrund ihrer Dauer als auch ihres Inhalts – namentlich der Verpflichtung zur solidarischen Bezahlung von Mietzinsen und Nebenkosten – zu einer besonders intensiven Bindung führt,[120] weshalb der **Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags** nach der hier vertretenen Auffassung in aller Regel **ausserordentlich** ist (vgl. Art. 535 Abs. 3 OR)[121] und die Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR somit nicht zum Tragen kommt. Mit anderen Worten bestimmt sich die Stellvertretung beim Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags durch eine einfache Gesellschaft nach den allgemeinen Bestimmungen der Art. 32 ff. OR.[122]

117 THOUVENIN, N 535 ff. m.w.H. THOUVENIN weist darauf hin, dass diese Vermutung gegenüber gutgläubigen Dritten nach einem Teil der Lehre und der Rechtsprechung unwiderlegbar ist (N 538 m.w.H.).

118 Urteil des BGer 4C.191/2003 vom 15. Juni 2004 E. 2.2; THOUVENIN, N 537; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 543 OR N 200; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 543 OR N 48; PESTALOZZI/VOGT, BSK OR, Art. 543 OR N 29; VON STEIGER, S. 435 f.

119 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 534-535 OR N 27; vgl. auch Urteile des BGer 4C.191/2003 vom 15. Juni 2004 E. 2.2 (übersetzt in Pra 2005 Nr. 65, S. 497 ff.); 4C.217/2006 vom 15. August 2007 E. 5.2.

120 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 534-535 OR N 35 mit Verweis auf das Urteil des BGer 4C.191/2003 vom 15. Juni 2004 E. 2.2 (übersetzt in Pra 2005 Nr. 65, S. 497 ff.). Das Gericht beurteile den Abschluss eines Darlehensvertrags als ausserordentliches Geschäft. Der Vertrag begründete eine solidarische Haftung sämtlicher Gesellschafter und war daher von erheblicher finanzieller Tragweite. Mangels Ermächtigung zum Vertragsschluss konnten die Mitgesellschafter des Darlehensnehmers nicht belangt werden; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 543 OR N 200.

121 Gl.M. SCHMID HANS, S. 351 f.; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 190; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 75; a.M. MÜLLER KARIN, OFK OR, Art. 535 OR N 5 und FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 535 OR N 82, die den Abschluss eines Mietvertrags über Geschäftsräumlichkeiten als in der Regel gewöhnliche Geschäftshandlung erachten.

122 Vgl. Art. 543 Abs. 2 OR; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 543 OR N 31 und 44.

Für diese Auffassung spricht insbesondere auch, dass die Anfechtung einer Kündigung i.S.v. Art. 273 OR eine Rechtshandlung darstellt, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgeht.[123] Mit der Anfechtung der Kündigung wird die Aufrechterhaltung des Mietvertrags bezweckt, weshalb die Entstehung dieser Verpflichtung durch Abschluss des Mietvertrags wertungsmässig nicht minder bedeutsam ist.

VI. Besonderes zur Gültigkeit

Liegt ein Konsens im Sinne von Art. 1 OR zwischen den am Vertrag als Parteien beteiligten Personen vor, kommt der Vertrag zustande. Davon abzugrenzen ist die Frage, ob der gemeinsame Vertrag auch gültig zustande gekommen ist.[124]

Die Besonderheit beim gemeinsamen Vertrag ist das Vorliegen von mindestens drei Willenserklärungen. Wie nachfolgend ersichtlich, sind die Willenserklärungen individuell auf ihre Gültigkeit zu beurteilen, worauf nach einer skizzenhaften Übersicht über die möglichen Gültigkeitsmängel näher eingegangen wird.

1. Bei der gemeinsamen Miete bedeutsame Gültigkeitsmängel

Der in der Praxis häufigste Fall dürfte darin liegen, dass einer Partei – in der Regel auf der Mieterseite – die Handlungsfähigkeit zum Vertragsschluss fehlt. Wer **nicht urteilsfähig** ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen (Art. 18 ZGB). Fehlt es an der für den Vertragsschluss erforderlichen Urteilsfähigkeit, ist die Willenserklärung unwirksam.[125]

Handelt es sich bei einem der Mieter um eine **urteilsfähige handlungsunfähige Person** und schloss diese den Mietvertrag ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ab, so ist der Vertrag für ihn unverbindlich, zumal es sich beim Abschluss eines Mietvertrags um keine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens handelt (Art. 19 Abs. 1 und 2 sowie Art. 19b Abs. 1 ZGB).[126] Bei ausbleibender Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wird auch der Vermieter frei (Art. 19a Abs. 2 und Art. 19b Abs. 1 ZGB).

123 So zu verstehen wohl Urteil des BGer 4C.236/2003 vom 30. Januar 2004 E. 2.1 (übersetzt in mp 2004, S. 60 ff.); vgl. auch T, Präjudizienbuch, Art. 535 OR N 3.

124 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 233.

125 BGE 102 II 226 E. 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 302; FANKHAUSER, BSK ZGB, Art. 18 ZGB N 6 f., der insbesondere darauf hinweist, dass Rechtsprechung und Lehre ausnahmsweise Korrekturen über das Rechtsmissbrauchsverbot zulassen.

126 HOTZ, Kurzkommentar, Art. 19 ZGB N 8.

Möglich ist auch, dass die Willenserklärungen der Parteien oder einzelner davon an einem **Willensmangel** leiden (Art. 23 ff. OR) oder eine **Übervorteilung** vorliegt (Art. 21 OR).[127] Eine Übervorteilung oder ein erheblicher Willensmangel (Art. 23 ff. OR), der auch durch eine absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) oder Furchterregung (Art. 29 OR) hervorgerufen werden kann, macht den Vertrag einseitig unverbindlich (Art. 21 OR; Art. 23 i.V.m. Art. 31 OR).[128]

2. Ungültige Willenserklärung des Vermieters

Unproblematisch ist der Fall, da der Gültigkeitsmangel die Willenserklärung der Einzelperson betrifft, die mit einer Parteiengruppe den Vertrag geschlossen hat. Wie vorstehend ausgeführt, gibt die Einzelperson beim Vertragsschluss nur eine einzige Willenserklärung ab, die an mehrere Personen gerichtet ist. Unterliegt beispielsweise der mit mehreren Mietern kontrahierende Vermieter einem Grundlagenirrtum oder wird er von einzelnen oder sämtlichen Vertragspartnern getäuscht oder bedroht, so hat die erfolgreiche Anfechtung notwendigerweise die **Unwirksamkeit des gesamten Vertragsverhältnisses** zur Folge.[129]

Ist eine **Geltendmachung der Unverbindlichkeit** vorausgesetzt (vgl. Art. 21 und 31 OR), so ist die Erklärung nach dem Gesetzeswortlaut «dem anderen» zu eröffnen. Bestehen mehrere Vertragspartner, ist sie als Gestaltungserklärung zur Wirksamkeit notwendigerweise **an sämtliche Gegenparteien zu richten,**[130] diese Erklärungen haben aber – ähnlich wie beim Vertragsschluss – nicht notwendigerweise gemeinsam zu erfolgen. Wird die Unverbindlichkeit nicht gegenüber sämtlichen Vertragsparteien geltend gemacht und verstreicht die Jahresfrist von Art. 21 Abs. 1 bzw. Art. 31 Abs. 1 OR, so zeitigt diese Versäumnis dieselbe Wirkung wie eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Vertrags.[131]

3. Ungültige Willenserklärungen eines einzelnen Mieters

Differenziert zu betrachten ist demgegenüber der Fall, in dem nur die Willenserklärung eines von mehreren Mietern mit einem Gültigkeitsmangel behaftet ist.

---

127 Zur Übersicht über die Gültigkeitsmängel: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 289 ff.

128 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 295 f.

129 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 33.

130 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK, Art. 31 OR N 10.

131 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK, Art. 31 OR N 20.

3.1. Grundsatz der Restgültigkeit

Zunächst wird diese Thematik im Zusammenhang mit der Gültigkeit des gemeinsamen Vertrags behandelt, d.h. auf der Ebene des Schuldverhältnisses i.w.S.[132] Behandelt wird die Ungültigkeit einzelner von mehreren Willenserklärungen in der Lehre unter dem **Aspekt der Teilnichtigkeit** i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR, die sich in erster Linie auf Inhaltsmängel bezieht.[133] Im Einzelnen:

1. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist eine analoge Anwendung auf bestimmte Teilmängel, die nicht den Vertragsinhalt betreffen, prinzipiell möglich.[134] So hat das Bundesgericht Art. 20 Abs. 2 OR analog auf die Fälle teilweiser Formungültigkeit übertragen.[135] Soweit sich die Lehre mit der Ungültigkeit bei Mehrparteienverhältnissen befasst, wird – soweit ersichtlich – einhellig unter Verweis auf die deutsche Rechtsprechung zu § 139 BGB vertreten, ein Vertrag könne nicht nur in objektiver, sondern auch in subjektiver Hinsicht teilungültig sein.[136] Eine subjektive Teilbarkeit kommt in Betracht, wenn mehrere Personen auf einer Vertragsseite stehen und der Vertrag im Verhältnis zu einer der Personen nichtig oder unverbindlich ist. Wenn sich mehrere Personen an einem Vertrag beteiligen, so gibt jeder einzelne eine Willenserklärung zum Vertragsschluss ab, weshalb etwaige **Gültigkeitsmängel** unabhängig von den anderen Willenserklärungen **grundsätzlich individuell zu prüfen** sind.[137]
2. Betrifft der Gültigkeitsmangel nur eine oder einzelne Personen einer Parteigruppe, ist – falls erforderlich – in sinngemässer Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR zu prüfen, ob der Vertrag ohne die mangelhafte Willenserklärung überhaupt nicht geschlossen worden wäre.[138] Die Anwendung

---

132 Zur Terminologie vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 117.

133 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 693; HERZOG, Kurzkommentar, Art. 20 OR N 15.

134 Vgl. MEISE/HUGUENIN, BSK OR, Art. 19/20 OR N 66, welche auf die Rechtsprechung zu bestimmten Teilmängeln hinweisen, beispielsweise betreffend die Teilanfechtung bei Willensmängeln nach Art. 23 ff. OR, vgl. etwa BGE 135 III 537 E. 2.1 (übersetzt in: Pra 2010, S. 293 ff.); 130 III 49 E. 3.2.

135 Urteil des BGer 5A_307/2008 vom 11. Juni 2008 E. 4.

136 VON TUHR/ESCHER, S. 295 und S. 306; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 33; sinngemäss auch SCHMID JÖRG, S. 32 in Fn 4, der diesbezüglich auf VON TUHR/ESCHER verweist; DILLIER, S. 242.

137 VIONNET, S. 211 f., der ergänzt, dass die Regeln über die Willensmängel (Art. 23 ff. OR) folgerichtig auf jede Willenserklärung individuell Anwendung finden.

138 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 689; VON TUHR/ESCHER, S. 295 m.H. auf die deutsche Rechtsprechung zu § 139 BGB; MICHELI, S. 7 nennt den Fall, in welchem ein unterzeichnender Mitmieter handlungsunfähig ist; DILLIER, S. 242; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 33.

dieser Bestimmung setzt zunächst voraus, dass der Inhalt in subjektiver wie objektiver Hinsicht teilbar ist, sodass der verbleibende Teil noch immer ein sinnvolles Vertragsganzes bildet, das für sich selbst bestehen kann.[139] Dies ist in der Regel der Fall, wenn der Mietvertrag mit dem oder den verbleibenden Vertragsparteien ansonsten unverändert bestehen kann.

Bei der **Beteiligung mehrerer Personen am Mietvertrag** handelt es sich um einen **objektiv wesentlichen Punkt,**[140] da es ohne die Beteiligung der betreffenden Person als Mieter nicht zum Vertragsschluss gekommen wäre **(fehlende Teilbarkeit)**. Mithin wäre der Vertrag ohne die mangelhafte Willenserklärung überhaupt nicht geschlossen worden, weshalb bei Ungültigkeit einzelner von mehreren Willenserklärungen auf Ganznichtigkeit zu erkennen ist.[141]

Die Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrags gestützt auf eine Übervorteilung (Art. 21 OR) oder einen erheblichen Willensmangel (Art. 31 Abs. 1 OR) erfolgt durch eine **empfangsbedürftige Erklärung.** Es handelt sich um eine rechtsaufhebende Gestaltungserklärung.[142] Aufgrund der subjektiven Teilbarkeit des Rechtsverhältnisses führt WEBER zutreffend aus, dass es sich bei der Ausübung dieses Gestaltungsrechts um ein **Einzelrecht** handelt, wenngleich rechtaufhebende Gestaltungsrechte beim gemeinsamen Vertrag grundsätzlich gemeinsam auszuüben sind.[143] Dies erscheint gerechtfertigt, da der Gültigkeitsmangel in diesen Fällen nur die Willenserklärung der betroffenen Person beschlägt. Auch VON TUHR führt aus, es liege kein Grund vor, der betreffenden Person die Geltendmachung des Mangels ihrer Willenserklärung deshalb zu verwehren, weil sie mit einer anderen Person bei einem Rechtsgeschäft mitgewirkt hat.[144]

Im Gegensatz zu den Willensmängeln i.S.v. Art. 23 ff. OR sind bei der **Übervorteilung** durch den Vermieter im Aussenverhältnis kaum Situationen denkbar, bei denen eine Übervorteilung bei einem Mieter bejaht und beim anderen verneint werden könnte. Gemäss Art. 21 OR wird die benachteiligte Partei durch eine bestimmte Schwäche (insbesondere Notlage, Unerfahrenheit oder

139 BGE 130 III 49 E. 3.2.

140 Siehe dazu vorne, S. 10 f.

141 Vgl. zum Ganzen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 694; KOLLER, OR AT, § 13 N 13.21; BERGER, N 1108.

142 Statt vieler: BGE 128 III 70 E. 2.

143 Am Beispiel der Kündigung: siehe hinten S. 135 f.

144 VON TUHR, § 57 N 51.

Leichtsinn)[145] zum Abschluss eines für sie ungünstigen Vertrags veranlasst.[146] Beteiligt sich am Vertrag daneben eine Person, bei der dieses Element der Schwäche nicht vorliegt, hat sich die andere Person die (uneingeschränkte) Entscheidungsfreiheit des Mitmieters nach der hier vertretenen Auffassung anzurechnen, zumal über den Vertragsinhalt gegenüber dem Vermieter mit diesem gemeinsam verhandelt wurde.[147]

3.2. Ungültigkeit als Einrede bei Solidarität

Der Aspekt der Wirksamkeit einzelner Willenserklärungen wird auch im Recht der Solidarität behandelt. Wie nachfolgend ersichtlich, haften mehrere Mieter in der Regel solidarisch, sei es gestützt auf das Gesetz (Art. 544 Abs. 3 OR) oder gestützt auf den Mietvertrag, in dem eine solidarische Haftung mehrerer Mieter stillschweigend oder ausdrücklich vereinbart wird (Art. 143 Abs. 1 OR). Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung steht dem Gläubiger bei Solidarität nicht eine einzige Forderung gegen mehrere Schuldner zu. Nach der sog. **Mehrheitstheorie** ist gegen jeden Solidarschuldner eine einzelne Forderung gerichtet.[148]

Ein Solidarschuldner kann dem Gläubiger insbesondere Einreden entgegensetzen, die entweder aus seinem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger oder aus dem gemeinsamen Entstehungsgrund hervorgehen (vgl. Art. 145 Abs. 1 OR).

1. Wird ein einzelner Mieter für Forderungen aus dem Mietverhältnis belangt (z.B. Mietzinse oder Nebenkosten), so kann er gegenüber dem Vermieter gestützt auf Art. 145 Abs. 1 OR einwenden, seine Verpflichtung sei ungültig, sei es wegen Irrtums (Art. 23 f. OR), Übervorteilung (Art. 21 OR) oder

---

145 Die gesetzliche Aufzählung ist nach der herrschenden Lehre nicht abschliessend: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 738; GAUCH, S. 97; KRAMER, BK, Art. 21 OR N 35; a.M. OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Art. 21 OR N 13.

146 Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist im Übrigen auf die gesetzlichen Sonderbestimmungen zu verweisen, die es den Mietern unter bestimmten Voraussetzungen gestatten, auch ohne Vorliegen eines Übervorteilungstatbestands einen missbräuchlichen Anfangsmietzins anzufechten und dessen Herabsetzung zu verlangen (Art. 269 f. OR; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 744).

147 A.M. wohl WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 34, der das Innenverhältnis bei der Beurteilung im Aussenverhältnis berücksichtigen will. Beruft sich eine von mehreren Personen auf Art. 21 OR so könne trotz Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen im Aussenverhältnis keine Übervorteilung etwa dann angenommen werden, wenn der Mitmieter im Innenverhältnis die Hauptlast trage.

148 Vgl. Urteile des BGer 4A_90/2018 vom 31. August 2018 E. 3.2.3; 4A_599/2010 vom 14. Februar 2011 E. 4.2; vgl. auch GRABNER, BSK OR, Art. 143 OR N 1; KOLLER, N 75.62; ROMY, Commentaire romand, Art. 143 OR N 3.

fehlender Handlungsfähigkeit (Art. 12 ff. ZGB).[149] Da es sich um **persönliche Einreden** handelt, bleiben die Schuldverhältnisse der anderen Schuldner grundsätzlich unberührt. Mitschuldner können sich grundsätzlich nicht auf persönliche Einreden anderer berufen. Haben mehrere Schuldner jedoch gleichartige persönliche Einreden (z.B. mehrere Schuldner machen geltend, sie hätten sich geirrt), so können sich auch die weiteren Betroffenen auf ihren jeweiligen Irrtum berufen, sofern sie vom Gläubiger belangt werden.[150]

Die erfolgreiche Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrags gestützt auf eine Übervorteilung oder einen erheblichen Willensmangel setzt eine rechtzeitige Anfechtungserklärung voraus (vgl. Art. 21 Abs. 1 OR; Art. 31 Abs. 1 OR).

2. Ein aus dem Mietvertrag haftender Solidarschuldner kann dem belangenden Vermieter somit grundsätzlich nicht entgegenhalten, dass sein Mitmieter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einem Grundlagenirrtum unterlegen oder handlungsunfähig gewesen sei.[151] Der betreffende Vertragspartner kann sich indessen darauf berufen und geltend machen, dass der Vertrag aufgrund des individuellen Gültigkeitsmangels ganz nichtig ist, womit er zulässigerweise eine **gemeinsame Einrede** aus dem Entstehungsverhältnis geltend macht (vgl. Art. 145 Abs. 1 OR).[152] Da es sich bei der Frage, wer Vertragspartei ist, um einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt handelt, ist auf eine Nichtigkeit des ganzen Vertrags zu schliessen.

3.3. «Faktische» Miete

Wird der ungültige gemeinsame Mietvertrag während einer bestimmten Dauer von den Parteien erfüllt, rechtfertigt es sich, das Verhältnis wie ein Vertragsverhältnis zu behandeln (sog. faktisches Vertragsverhältnis).[153]

149 In der Lehre werden die Handlungsunfähigkeit und der Willensmangel einer der beteiligten Parteien unstreitig zu den persönlichen Einreden des Schuldners gezählt: Statt vieler KRAUSKOPF, ZK, Art. 145 OR N 15; KRATZ, BK, Art. 145 OR N 31 ff.; vgl. im Zusammenhang mit Art. 544 Abs. 3 OR: FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 165; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 544 OR N 60 f.

150 KRAUSKOPF, ZK, Art. 145 OR N 16.

151 Vgl. KRAUSKOPF, ZK, Art. 145 OR N 22; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.20; VIONNET, S. 212.

152 Vgl. KRAUSKOPF, ZK, Art. 145 OR N 31 f.

153 Vgl. Urteil des BGer 4C.284/2000 vom 23. Januar 2002 E. 2c/aa m.w.H.; statt vieler auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1189.

3.4. Das ungültige Innenverhältnis

Abzugrenzen sind die vorstehend behandelten Gültigkeitsmängel einzelner Personen einer Personenmehrheit im Aussenverhältnis von derjenigen Situation, da der Mangel lediglich das Innenverhältnis betrifft, insbesondere die Entstehung der einfachen Gesellschaft. Man spricht diesfalls von einer **fehlerhaften Gesellschaft.** Ist die Gesellschaft bereits im Rechtsverkehr aufgetreten und erweist sich der Gesellschaftsvertrag als nichtig, so ist im Aussenverhältnis die Lehre und Rechtsprechung zur fehlerhaften Gesellschaft zu berücksichtigen, insbesondere die Entscheide zum Vertrauensschutz Dritter.[154] Im Übrigen ist es auch im Lichte von Art. 145 Abs. 1 OR bei Vorliegen von Solidarität unzulässig, dass ein einzelner Schuldner gegenüber dem Gläubiger Einreden und Einwendungen geltend macht, die aus dem internen Verhältnis zwischen den Solidarschuldnern rühren.[155]

VII. Exkurs: Die Haftung mehrerer Mieter bei der Culpa in contrahendo

Treten die Parteien in **Vertragsverhandlungen,** entsteht gemäss Lehre und Rechtsprechung bereits mit dem Beginn der Verhandlungen ein Rechtsverhältnis, das ihnen gegenseitige Pflichten auferlegt. Aus Art. 2 ZGB wird abgeleitet, dass die Parteien während der Vertragsverhandlungen gemäss den Regeln von Treu und Glauben handeln müssen, wie beispielsweise, dass sie ernsthaft und entsprechend ihrer wirklichen Absicht verhandeln.[156]

Im Mietrecht prüfte das Bundesgericht in der Vergangenheit vor allem Schadenersatzansprüche, die gegen den Vermieter gerichtet waren, etwa im Zusammenhang mit der Frage, inwiefern dieser verpflichtet ist, den Mieter darauf hinzuweisen, dass die Akontozahlungen für die Nebenkosten nicht kostendeckend sein werden.[157]

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessiert derweil die Haftung der Mieterschaft, und zwar im Sonderfall, da **mehrere Mietinteressenten** zwecks Abschlusses eines gemeinsamen Mietvertrags mit dem Vermieter in Vertragsverhandlungen treten und der **Schaden** lediglich **von einem verschuldet** wird.

Fraglich ist diesfalls, ob nur der verursachende Mietinteressent haftet oder ob der Vermieter auch den anderen (solidarisch) belangen kann. Letzteres ist

154 BGE 116 II 707 E. 1b; Urteil des BGer 4C.24/2000 vom 28. März 2003 E. 2 b; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 65 ff.; PESTALOZZI/VOGT, BSK OR, Art. 543 OR N 21.

155 KRAUSKOPF, ZK, Art. 145 OR N 28; Urteil des BGer 4P.327/2001 vom 4. April 2002 E. 5b.

156 Statt vieler: BGE 120 III 70 E. 6c; 116 II 698 E. 3.

157 Vgl. dazu Urteil des BGer 4A_339/2018 vom 29. Januar 2019.

richtigerweise – gestützt auf die Lehre und Rechtsprechung nach Massgabe der **Hilfspersonenhaftung i.S.v.** Art. 101 OR – zu bejahen, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre richtet sich die Haftung für Hilfspersonen bei der Culpa in contrahendo nach Art. 101 OR.[158] Anders als bei der deliktischen Haftung von Hilfspersonen gestützt auf Art. 55 OR setzt Art. 101 OR **kein Subordinationsverhältnis** voraus.[159] Es reicht, dass die Hilfsperson im (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Einverständnis des anderen handelt.[160]
2. Mangels dieses Erfordernisses hat das Bundesgericht in mietrechtlichen Mehrparteienverhältnissen wiederholt bestätigt, dass bei mehreren Mietern ein **Mieter jeweils die Hilfsperson des anderen** i.S.v. Art. 101 OR ist.[161] Nichts anderes kann für die Haftung aus Culpa in contrahendo bei Mehrparteienverhältnissen gelten, da sich die Hilfspersonenhaftung ebenso nach der vertraglichen Hilfspersonenhaftung richtet. Im Rahmen von Art. 101 OR wird das treuwidrige Verhalten dem anderen zugerechnet, was bei Vorliegen der Voraussetzungen eine solidarische Mithaftung begründet.[162]

2. Kapitel: Die nachträgliche Entstehung des gemeinsamen Mietvertrags

I. Die Entstehung durch Rechtsgeschäft

Ein gemeinsamer Mietvertrag kann auch erst während der Dauer des Mietverhältnisses entstehen.[163] Bei der vertraglichen Entstehung der gemeinsamen Miete ist zwischen dem Vertragsbeitritt und der Vertragsübernahme zu unterscheiden:

1. Beim **Vertragsbeitritt** beteiligt sich ein Dritter nachträglich als zusätzliche Vertragspartei auf der entsprechenden Seite des Vertragsverhältnisses.

158 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 973; anders aber namentlich KOLLER, N 28.37 ff. Das Bundesgericht wendet Art. 101 OR auch im Rahmen der Haftung aus Culpa in contrahendo an: BGE 108 II 422; Urteile des BGer 4C.394/2006 vom 24. April 2007 E. 4.3.3; 4A_609/2015 vom 6 Juni 2016 E. 1.2.

159 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3073.

160 Statt vieler: Urteil des BGer 4C.394/2006 vom 24. April 2007 E. 4.2.

161 Urteile des BGer 4A_125/2009 2 Juni 2009 E. 3.2; 4C.103/2006 vom 3 Juli 2006 E. 4.2: „[C]haque colocataire étant l'auxiliaire de son cosignataire.»

162 Vgl. KRATZ, BK, Art. 143 OR N 250.

163 Vgl. MICHELI, S. 7 f.

Er übernimmt die volle rechtliche Stellung eines zusätzlichen Vertragspartners.[164] Es entsteht somit ein Mietvertrag mit mehreren Mietern. Vorausgesetzt ist das Einverständnis der bestehenden Vertragsparteien, im Falle eines einfachen Mietvertrags also des Vermieters und des Mieters.[165]

- Beim Vertragsbeitritt handelt es sich um eine Änderung des Mietvertrags.[166] Besteht betreffend Änderungen des Mietvertrags ein **Formvorbehalt** gemäss Art. 16 OR, ist zu beachten, dass diesfalls grundsätzlich vermutet wird, dass die Parteien vor Erfüllung der Form, d.h. vor Abschluss einer schriftlichen Beitrittsvereinbarung, nicht verpflichtet sein wollen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der vertragliche Formvorbehalt jedoch jederzeit formfrei aufgehoben werden. Die Aufhebung ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, wie insbesondere dann, wenn die Parteien sich über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen.[167]
- **Beweispflichtig** ist, wer sich auf die formlose Vertragsänderung beruft (vgl. Art. 8 ZGB). Zu beweisen ist einerseits, dass der vertragliche Formvorbehalt aufgehoben wurde. Andererseits ist zu beweisen, dass die behauptete Änderung durch konkludentes Verhalten bzw. eine konkludente Zustimmung zustande gekommen ist. Die Lehre und Rechtsprechung stellen an diesen Nachweis hohe Anforderungen, da sonst der Zweck des Schriftformvorbehalts untergraben würde. Zudem ist es den Vertragsparteien in der Regel zumutbar, die schriftliche Zustimmung der Vertragspartner einzuholen.[168]

2. Ein gemeinsamer Mietvertrag entsteht auch bei der Übernahme des einfachen Mietvertrags durch eine Personenmehrheit. Von einer solchen

164 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3551; HUGUENIN, N 1469.

165 BERGER, N 2359; BUCHER, S. 593; HUGUENIN N 1469; MICHELI, S. 8; MONTINI/MONTINI, S. 393; SCHMID JÖRG, S. 33; VON TUHR/ESCHER, S. 297.

166 Vgl. SCHMID JÖRG, S. 33.

167 Urteil des BGer 4A_41/2009 vom 1. April 2009 E. 4.1 m.H. auf BGE 125 III 263 E. 4c; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK OR, Art. 16 OR N 10 m.w.H. Im Urteil des Bundesgerichts 4A_41/2009 vom 1. April 2009 hielten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vermieters fest, dass Änderungen oder spätere Vereinbarungen über den Mietvertrag nur gültig sind, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Der Nachtrag, mit welchem ein zweiter Mieter in den Mietvertrag eintreten sollte, war jedoch von der bisher allein mietenden Aktiengesellschaft nicht unterzeichnet worden. Obwohl keine (gültige) schriftliche Änderung des Mietvertrags erfolgte, bejahte das Bundesgericht eine konkludente Vertragsänderung. Aufgrund des Verhaltens des nicht unterzeichnenden Mieters nahm das Gericht einen stillschweigenden Verzicht auf den Formvorbehalt an.

168 Zum Ganzen SOMMER, MRA 2010, S. 45; ROHRER, MRA 2010, S. 19.

Vertragsübernahme spricht man, wenn eine neue Partei oder Parteiengruppe anstelle der alten Vertragspartei in das ganze Vertragsverhältnis eintritt.[169] Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme erfolgt im Allgemeinen durch einen dreiseitigen Vertrag zwischen den Beteiligten. Besteht eine gesetzliche Grundlage, ist gegebenenfalls ein Vertrag zwischen einer Vertragspartei und dem Übernehmer ausreichend, der von der anderen Vertragspartei nachträglich genehmigt wird (z.B. Art. 263 Abs. 3 OR). Schliesslich kann die Befugnis zur einseitigen Übertragung auch vertraglich eingeräumt werden.[170] Im Mietrecht ist die Vertragsübernahme für Geschäftsräume in Art. 263 OR gesetzlich geregelt.[171]

II. Die Entstehung durch Gesetz

Ein gemeinsamer Mietvertrag entsteht von Gesetzes wegen nachträglich, wenn ein Mieter stirbt und seine Erben gestützt auf Art. 560 ZGB in den Mietvertrag eintreten.[172] Beerben mehrere Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, infolge des Erbganges eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft (sog. **Erbengemeinschaft;** Art. 602 Abs. 1 ZGB). Falls ein Mitmieter stirbt und die Erben in die Rechtsposition eintreten, entsteht eine «zweistufige Rechtsgemeinschaft». Die Erben des Verstorbenen nehmen die Position des Mitmieters in der Rechtsgemeinschaft mit dem anderen Mieter ein. Im Falle des Vorliegens einer einfachen Gesellschaft ist Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR zu beachten, wonach die Gesellschaft vorbehältlich einer abweichenden Vereinbarung durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird. Alsdann bleiben die Erben bis zum Abschluss der Liquidation «Vertragspartei» des Mietvertrags.[173]

III. Die Abgrenzung zur blossen Einräumung von Benützungsrechten

Keine Parteistellung erlangt nachträglich, wem die Benützungsrechte am Mietobjekt einstweilen eingeräumt werden. Dies ist etwa der Fall bei der **gerichtlichen Zuweisung** zur Benützung im Rahmen eines Eheschutz- oder vorsorglichen Massnahmeverfahrens. Weist der Scheidungsrichter eine Liegenschaft

169 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3547.

170 Zum Ganzen: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3548 m.w.H.

171 Vgl. dazu hinten, S. 126.

172 MICHELI, S. 7.

173 Zum Ganzen: Urteil des Bezirksgerichts Zürich MB160019 vom 23.03.2017, E. 3.2.3.

im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen des Scheidungsprozesses der Ehefrau zur Benützung zu, so entsteht kein (gemeinsamer) Mietvertrag.[174]

So ändert beispielsweise die Zuweisung der Benützung im Rahmen des Eheschutzverfahrens nichts an der bestehenden vertraglichen Beziehung. Der Richter kann nur im Scheidungsfall einem der Ehegatten die Rechte und Pflichten aus dem Miet- oder Untermietverhältnis mittels Urteils übertragen (vgl. Art. 121 ZGB).[175]

3. Kapitel: Die Mietermehrheit – Allgemeines zur Rechtsanwendung

I. Die Rechtsnatur des gemeinsamen Mietvertrags

Beim gemeinsamen Mietvertrag handelt es sich gemäss Lehre und Rechtsprechung um ein **einheitliches Rechtsverhältnis.**[176] Einheitlich ist das Verhältnis zunächst, da zwischen dem oder den Vermietern und der Mietergemeinschaft nur ein einziger Mietvertrag vorliegt.[177] Dieses Verhältnis besteht sodann nur als Gesamtheit und für alle Beteiligten. Vorbehältlich einer abweichenden Abrede im Mietvertrag kommen den Mitmietern aus dem Mietvertrag die gleichen Rechte und Pflichten zu.[178]

Zwar ist der gemeinsame Mietvertrag einheitlich (Schuldverhältnis i.w.S.); wie alle zweiseitigen Verträge lässt sich aber auch dieser in seine einzelnen Bausteine zerlegen, d.h. in die Obligationen (Schuldverhältnis i.e.S.), Schulden und Forderungen zwischen den Vertragsparteien.[179] Auf dieser Ebene ist eine individuelle Beurteilung der einzelnen Obligationen zwischen den Vertragsparteien geboten. Sind mehrere Personen an einem Vertrag beteiligt, so gibt jede einzelne eine Willenserklärung zum Vertragsschluss ab, weshalb etwa allfällige Gültigkeitsmängel (z.B. Willensmängel) individuell zu beurteilen sind.[180]

174 BGE 113 III 42 E. 3a; HÜRLIMANN-KAUP, S. 208.

175 Vgl. Art. 121 Abs. 1 ZGB; BGE 134 III 446 E. 2.1.

176 BGE 140 III 491 ff. E. 4.2.1; 136 III 431 E. 3.1; 140 III 598 E. 3.2; Urteil des BGer 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5b, in: SJ 1995 S. 53 ff.; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 97; KAISER, N 3; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 46; DERSELBE, mp 1997, S. 192; JACQUEMOUD ROSSARI, S. 97; SCHMID HANS, S. 349; SCHMID JÖRG, S. 33.

177 WEBER ROGER, S. 5; zur Abgrenzung zu mehreren selbstständigen Mietverträgen: siehe hinten, S. 65 f.

178 Vgl. WESSNER, DB 1993, S. 61: «En cas de bail commun, le contrat fait naître pour chaque locataire les mêmes droit et obligations.»

179 Zur Terminologie: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 117 m.w.H.

180 Zum Ganzen vorne, S. 25 ff.

II. Das Fehlen einer besonderen Regelung im Mietrecht

Das Mietrecht enthält keine besonderen Bestimmungen, die den Fall regeln, da mehrere Personen gemeinsam ein Mietverhältnis begründen bzw. an diesem als Parteiengruppe beteiligt sind.[181] Ausgehend vom Idealtypus der einfachen Miete äussert sich das Gesetz über die Rechte und Pflichten des «Mieters» und des «Vermieters».

Anders als bei der Miete sieht das Obligationenrecht bei der gemeinsamen Gebrauchsleihe oder Hinterlegung in Art. 308 OR bzw. 478 OR zumindest eine solidarische Haftung mehrerer Entlehner bzw. Aufbewahrer vor.[182] Eine gleichlautende Bestimmung fehlt im Mietrecht.[183] Da auf eine diesbezügliche Regelung im Mietrecht verzichtet wurde, liegt nach der hier vertretenen Auffassung ein **qualifiziertes Schweigen** vor, weshalb eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen ausgeschlossen ist.[184]

Die sich bei Vorliegen einer Mietermehrheit typischerweise stellenden Fragen (z.B. Vertretung, Haftung, Organisation) sind somit grundsätzlich nach den allgemeinen privatrechtlichen Rechtsnormen zu beantworten.[185] Im Verhältnis mehrerer Mieter zum Vermieter sind die Bestimmungen des **allgemeinen Teils des Obligationenrechts** zu beachten, namentlich jene zu Schuldner- und Gläubigermehrheiten (vgl. Art. 143 ff. OR).

Wie nachfolgend näher dargestellt wird, ergibt die Auslegung von bestimmten mietrechtlichen Bestimmungen zum **Schutz der Familienwohnung** (Art. 266m und Art. 266n OR), dass diese zwar gemäss Wortlaut für die einfache Miete konzipiert, aber auch bei der gemeinsamen Miete anwendbar sind.[186] Entsprechend – und im Sinne einer Ausnahme – regelt das Mietrecht diesen Aspekt der gemeinsamen Miete von Ehegatten bzw. eingetragenen Part-

181 MICHELI, S. 4; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 49; DERSELBE, mp 1997, S. 193; SCHMID JÖRG, S. 32; ZIHLMANN, S. 29.

182 Statt vieler: PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 49; DERSELBE, mp 1997, S. 193.

183 Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 15. März 1983 E. 2d, in: SG 1983 Nr. 225.

184 Vgl. zum «qualifizierten Schweigen» des Gesetzes BGE 132 III 470 E. 5.1; KRAMER, Methodenlehre, S. 237; a.M. Urteil des Bundesgerichts vom 15. März 1983 E. 2d, in: SG 1983 Nr. 225. Das Gericht bejaht die analoge Anwendung von Art. 308 OR bzw. 478 OR auf den gemeinsamen Mietvertrag. Auf diese Rechtsprechung ist es jedoch nicht mehr zurückgekommen; in der Lehre wird Anwendung im Mietrecht nur vereinzelt gefordert, vgl. z.B. SCHRANER, ZK OR, Art. 70 OR N 48.

185 Stellt sich beispielsweise die Frage nach der Haftung für Mietzinse und Nebenkosten ist nach den Bestimmungen zur Solidarität gemäss Art. 143 ff. OR – gegebenenfalls in Verbindung mit gesetzlichen Haftungsbestimmungen (z.B. Art. 544 Abs. 3 OR) – zu prüfen, wer gestützt auf den Mietvertrag in welchem Umfang zur Bezahlung verpflichtet ist.

186 Siehe hinten, S. 140 ff. und S. 145 ff.

nern.[187] Bei gemeinsam mietenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partnern nicht anwendbar ist nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Bestimmung von Art. 273a OR.[188]

III. Aussen- und Innenverhältnis

1. Übersicht

Beim gemeinsamen Mietvertrag treten die Rechtswirkungen des Vertrags bei sämtlichen auf der einen und/oder anderen Vertragsseite als Parteien beteiligten Personen ein. Beim Mietvertrag mit mehreren Mietern sind diese als **Hauptmieter,** d.h. als Vertragsparteien des Hauptmietvertrags, beteiligt.[189] Mehrere Mieter werden einzeln als Mitmieter *(colocataire; co-conduttore)* bezeichnet.

Da es der Mietergemeinschaft selbst an Rechtsfähigkeit fehlt, bilden mehrere Mieter im Innenverhältnis eine **Rechtsgemeinschaft:**[190] Berechtigt und verpflichtet werden jeweils die einzelnen Personen.[191] Sie werden Gläubigerinnen und Schuldnerinnen des Vermieters.[192]

In der Literatur und Rechtsprechung wird vereinzelt ausgeführt, mehrere Mieter seien «Partei» des Mietvertrags.[193] Richtigerweise sind mehrere Mieter als Gemeinschaft nicht rechtsfähig, weshalb begrifflich von einer «Parteiengruppe», einer «Parteienmehrheit» oder von mehreren «Parteien» gesprochen werden sollte.

Beim gemeinsamen Mietvertrag ist dogmatisch zwischen dem Aussen- und dem Innenverhältnis zu unterscheiden.[194]

1. Das Aussenverhältnis bezeichnet das **Verhältnis zwischen den Mitmietern und dem Vermieter.**[195] Geregelt wird dieses primär durch die

187 Vgl. SCHMID JÖRG, S. 31.

188 BGE 145 III 281 ff.; siehe hinten, S. 214 f.

189 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 299; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 45; DERSELBE, mp 1997, S. 192.

190 Zum Begriff und den möglichen Formen hinten, S. 69 ff.

191 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 299; MICHELI, S. 3; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 45; DERSELBE, mp 1997, S. 192; SCHMID HANS, S. 349.

192 Vgl. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 103 m.w.H.

193 Vgl. Urteile des BGer 4C.266/2002 vom 2. April 2003 E. 4.2 und 4C.6/2002 vom 10. September 2002 E. 5.2, wo die Vertragsgemeinschaft als «Partei» bezeichnet wird; ähnlich ROHRER, SVIT-Kommentar, Art. 253 OR N 2.

194 Urteile des BGer 4C.266/2002 vom 2. April 2003 E. 4.2.1; 4C.6/2002 vom 10. September 2002 E. 5.2; 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5a, in: SJ 1995 S. 53 ff. je m.w.H.; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 105.

195 Urteile des BGer 4C.266/2002 vom 2. April 2003 E. 4.2.1; 4C.6/2002 vom 10. September 2002 E. 5.2; 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5a, in: SJ 1995 S. 53 ff. je m.w.H.; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 105.

gesetzlichen und/oder vertraglichen Bestimmungen des gemeinsamen Mietvertrags. Dieser untersteht im Aussenverhältnis den gesetzlichen Bestimmungen von Art. 253 ff. OR. Im Aussenverhältnis unterscheidet sich die gemeinsame Miete grundsätzlich nicht von der einfachen Miete.[196]

2. Das Innenverhältnis regelt die **Rechtsbeziehung zwischen der Personenmehrheit,** die auf der einen und/oder anderen Seite des Mietverhältnisses beteiligt ist.[197] Im Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern sind grundsätzlich die Regeln derjenigen Gemeinschaft massgebend, denen diese untersteht.[198] Handelt es sich bei der Mietergemeinschaft etwa um eine einfache Gesellschaft, sind im Innenverhältnis die Bestimmungen von Art. 530 ff. OR zu berücksichtigen. Darauf ist an anderer Stelle zurückzukommen.[199]
   - Sind die Parteien verheiratet, sind grundsätzlich die Bestimmungen der ehelichen Gemeinschaft (Art. 159 ff. ZGB) zu beachten.
   - Bei der Miete durch eine Erbengemeinschaft gelten die Regeln von Art. 602 ff. ZGB.
   - Liegt beim Abschluss des Mietvertrags keine gesetzlich geregelte Gemeinschaft vor, ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche Gemeinschaftsform die Mitmieter im Innenverhältnis begründen. Neben der sog. schlichten Vertragsgemeinschaft, einem Begriff, der von WEBER geprägt wurde,[200] kommt die Bildung einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) in Betracht. Eine solche kann auch bereits vorbestehen (z.B. bei einem Konkubinatspaar, dessen Zusammenleben sich zu einer solchen verdichtet hat).[201]
   - Auf der Vermieterseite ist zusätzlich möglich, dass die Vermieter ein Mietobjekt als Miteigentümer (Art. 646 ff. ZGB) vermieten.[202]

196 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 106.

197 Urteile des BGer 4C.266/2002 vom 2. April 2003 E. 4.2.1; 4C.6/2002 vom 10. September 2002 E. 5.2; 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5a, in: SJ 1995 S. 53 ff. je m.w.H.; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 105; LACHAT, Bail à loyer, S. 96; MICHELI, S. 5; SCHMID HANS, S. 349; SCHMID JÖRG, S. 33.

198 HEINRICH, Handkommentar, Art. 253 OR N 12; vgl. SCHMID JÖRG, S. 33; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 107; vgl. auch BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 24.

199 Siehe hinten, S. 72 ff.

200 Vgl. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 24. WEBER ROGER spricht sich im Streitfall für die analoge Anwendung der Bestimmungen des Miteigentums (Art. 646 ff. ZGB) aus (S. 21).

201 Siehe dazu näher hinten, S. 105 f.

202 Vgl. SCHMID JÖRG, S. 33; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 107; vgl. auch BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 24.

2. Vertragliche oder gesetzliche Grundlage des Innenverhältnisses

Das Verhältnis zwischen mehreren Mietern bindet grundsätzlich nur die am Innenverhältnis beteiligten Personen. Soweit das Innenverhältnis auf einer **vertraglichen Grundlage** (z.B. Gesellschaftsvertrag) beruht, wirkt diese nur zwischen den Parteien *(inter partes)*.[203] Danach regelt sich etwa das Zustandekommen der Gemeinschaft, ihr Umfang, das Verhältnis zwischen den Mitgliedern sowie die Beendigung der Gemeinschaft.[204]

Nach einem allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsatz, der auch bei der gemeinsamen Miete zu beachten ist, ist es unzulässig, dass zwei oder mehrere Mieter unter sich etwas vereinbaren, was den Vermieter rechtlich belastet (Verbot des Vertrags zulasten Dritter).[205] Will der Vermieter beispielsweise von einem der Mieter den ganzen Mietzins einfordern, so bestimmt sich nach dem Aussenverhältnis, ob eine solidarische Haftung der Mieter vorliegt. Ist eine solidarische Haftung zu bejahen, kann er den ganzen Mietzins von einem Mieter fordern, auch wenn diese im Innenverhältnis vereinbart haben, die Miete je hälftig zu tragen.

Besteht die Rechtsgemeinschaft von Gesetzes wegen, beschränken sich die gesetzlichen Wirkungen ebenfalls auf diejenigen Personen, deren Beziehung **gesetzlich geregelt** ist. Beispielsweise gelten die Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe (vgl. Art. 159 ff. ZGB) nur für das verheiratete Paar.[206]

Auf die Begründung des Innenverhältnisses zwischen mehreren Mietern wird an anderer Stelle zurückzukommen sein.[207]

3. «Aussenwirkung» des Innenverhältnisses

In mehrerer Hinsicht «strahlt» das Innenverhältnis unmittelbar oder mittelbar auf das Aussenverhältnis aus. Zu den **unmittelbaren** rechtlichen Aussenwirkungen der Vertragsgemeinschaft gehören etwa die Regeln über die Vertretung[208] oder die Haftung der Gemeinschaft.[209] Dritte sind zwar durch die Bestimmungen des Innenverhältnisses nicht gebunden, können sich aber im Einzelfall darauf berufen. Schliessen mehrere Mieter einen Mietvertrag

203 Zur Relativität von Verträgen statt vieler: BÄRTSCHI, S. 68 m.w.H.

204 Vgl. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 108.

205 Vgl. BGE 124 II 8 E. 2b; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3875 m.w.H.

206 Statt vieler: BRÄM, ZK, Art. 159 ZGB N 22 und 61.

207 Siehe hinten, S. 69 ff.

208 Vgl. etwa für die eheliche Gemeinschaft Art. 166 ZGB; für die einfache Gesellschaft Art. 543 f. OR.

209 Vgl. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 110.

beispielsweise als eine einfache Gesellschaft ab, so kann sich der Vermieter im Aussenverhältnis auf die gesetzliche Regelung der solidarischen Haftung berufen (vgl. Art. 544 Abs. 3 OR).

Umgekehrt können auch Handlungen der Parteien des Innenverhältnisses **mittelbar** zu Änderungen des Aussenverhältnisses führen. Wie nachfolgend ersichtlich lässt sich etwa bei der einfachen Gesellschaft durch Auflösung des Innenverhältnisses (mittelbar) bewirken, dass die erforderlichen Willenserklärungen zur Beendigung des Aussenverhältnisses abgegeben werden. Gleichsam ist es bei verheirateten Mietern möglich, dass der gemeinsame Mietvertrag gestützt auf die Bestimmungen zur Scheidung durch den Richter auf einen Mieter übertragen wird (vgl. Art. 121 ZGB).

IV. Schulden, Forderungen und Gestaltungsrecht

Im Rahmen des Mietvertrags treten mehrere Mieter sowohl als Schuldner[210] als auch als Gläubiger[211] auf. Bei mehreren Schuldnern oder Gläubigern sind verschiedene Gestaltungen zu unterscheiden. Die nachfolgenden Erläuterungen stellen einen grundlegenden Überblick über die möglichen Gestaltungsformen dar.

1. Schulden

Stehen einem Vermieter mehrere Mieter gegenüber, bilden diese mit Bezug auf den Vermieter zustehende Leistungen eine Schuldnergemeinschaft. Mehrere Mieter sind je nach Ausgestaltung entweder Teilschuldner, Einzelschuldner oder gemeinschaftliche Schuldner des Vermieters.[212] Einen Sonderfall stellt die Schuldnergemeinschaft bei unteilbaren Leistungen dar.

1. Eine **Teilschuld** liegt vor, wenn die Schuldner verpflichtet sind, eine teilbare Leistung[213] nicht solidarisch oder gemeinsam, sondern nur anteilsmässig zu leisten.[214] Eine Teilschuld ist beispielsweise dann vereinbart, wenn mehrere Mieter eine Sache zwar gemeinsam mieten, aber im Aussenverhältnis vereinbaren, dass sie den Mietzins und die Nebenkosten je

210 Mehrere Mieter treten dem Vermieter etwa bezüglich der Leistung von Mietzinsen und Nebenkosten als Schuldner auf.

211 Mehreren Mietern kommt gegenüber dem Vermieter etwa eine Forderung auf Gebrauchsüberlassung zu.

212 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3686; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.02.

213 Zur Teilbarkeit von Leistungen: vgl. KRAUSKOPF, ZK, Art. 143 OR N 82 ff.

214 Vgl. Urteil des BGer 4C.134/2005 vom 13 September 2005 E. 2.4.1; KOLLER, N 75.06.

hälftig bezahlen.[215] Sie liegt auch vor, wenn sich eine solidarische Haftung mehrerer Mieter für eine teilbare Schuld nicht aus Vertrag oder Gesetz ergibt (vgl. Art. 143 OR e contrario). Umstritten ist die Frage, ob sich aus Art. 143 OR bei teilbaren Leistungen eine Vermutung der Teilschuldnerschaft herleiten lässt. Die wohl überwiegende Lehre und das Bundesgericht bejahen dies.[216] Beim Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags ergibt sich eine solidarische Haftung jedoch, wenn nicht ausdrücklich, dann in aller Regel stillschweigend aufgrund der Umstände.[217]

2. Verbreiteter und vorliegend relevant ist die **Einzelschuld** in Form der Solidarität, die gemäss Art. 143 OR auf Vertrag oder Gesetz beruht (vgl. insb. Art. 544 Abs. 3 OR). In diesen Fällen kann der Vermieter nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern (vgl. Art. 144 Abs. 1 OR). Sämtliche Schuldner bleiben so lange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist (Art. 144 Abs. 2 OR). Bei Vorliegen von Solidarität ist etwa jeder Mieter als Einzelschuldner verpflichtet, den Mietzins und die Nebenkosten zu bezahlen.[218]
3. Nicht gesetzlich geregelt ist die **gemeinschaftliche Schuldnerschaft**.[219] Eine solche liegt vor, wenn mehrere Schuldner aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verpflichtet sind, die Schuld durch **gemeinsames Zusammenwirken** zu erbringen.[220]
   - Als Lehrbuchbeispiel für ein erforderliches **tatsächliches Zusammenwirken** dient die Musikkapelle, die nur gemeinsam auftreten kann.[221]
   - Aber auch aus **rechtlichen Gründen** können mehrere Schuldner verpflichtet sein, eine Leistung gemeinsam zu erbringen. Eine gemeinschaftliche Verpflichtung ist für den Fall zu bejahen, da die Leistung einer Sache oder Abtretung einer Forderung i.S.v. Art. 164 ff. OR ver-

215 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.03; vgl. auch KOLLER, N 75.06.

216 Urteil des BGer 4A_599/2010 vom 14. Februar 2011 E. 3.2; BGE 116 II 707 E. 3; 49 III 205 E. 4; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3688; a.M. KRAUSKOPF, ZK, Art. 143 OR N 55–58, nach welchem sich eine solche Vermutung nicht aus Art. 143 OR herleiten lässt.

217 Siehe hinten, S. 86 ff.

218 Urteile des BGer 4A_12/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2; 4C_103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 28; siehe zum Fall der Haftung bei verspäteter Rückgabe hinten, S. 244 f.

219 KRAUSKOPF, ZK, Art. 143 OR N 65.

220 Vgl. Urteil des BGer 4C.94/2005 vom 14. September 2005 E. 2.5; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3694; KOLLER, N 75.07; KRAUSKOPF, ZK, Art. 143 OR N 65; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.06; WEISS, S. 31, a.M. noch GUHL/KOLLER, S. 35, die ausführen, das Schweizer Recht kenne keine Verpflichtung zur gesamten Hand.

221 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.06.

langt wird, an denen die Schuldner aufgrund ihres Innenverhältnisses gesamthaft berechtigt sind und nur gemeinsam darüber verfügen können (vgl. etwa Art. 544 Abs. 1 OR und Art. 602 Abs. 2 ZGB).[222]

— Dies ist etwa der Fall, wenn eine einfache Gesellschaft ihre im Gesamteigentum stehende Liegenschaft verkauft und der Gläubiger gestützt auf den Kaufvertrag die Übertragung der Sache verlangt. Diesfalls kann der Anspruch nur gegen sämtliche Gesellschafter durchgesetzt werden. Diese bilden im Prozess aufgrund ihrer Berechtigung an der Sache eine passive notwendige Streitgenossenschaft (vgl. Art. 70 Abs. 1 ZPO).[223]

Die Leistung kann vom Gläubiger diesfalls nur von allen Schuldnern gemeinsam verlangt werden. Der einzelne Schuldner ist somit nicht zur selbständigen Leistung der gesamten Schuld verpflichtet, sondern lediglich zur Mitwirkung an der Leistungserbringung.[224]

Besteht die geforderte Schuld nicht in einer Sache oder Forderung, an denen die Gesellschafter zur gesamten Hand berechtigt sind, sondern handelt es sich um **sonstige rechtsgeschäftliche Verpflichtungen,** beispielsweise Schulden aus einem Mietverhältnis oder auch die Rückgabe der Mietsache, vertritt die herrschende Lehre mit Bezug auf Gesamthandverhältnisse, dass für gemeinschaftliche Verpflichtungen (und nicht nur die Haftung[225]) die gesetzlichen Bestimmungen zur Solidarität zur Anwendung kommen (Art. 544 Abs. 3 OR; Art. 603 Abs. 1 ZGB).[226]

222 Vgl. Urteil des BGer 4C.94/2005 vom 14. September 2005 E. 2.5; Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 544 OR N 45; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.06; WEISS, S. 32 f.; vgl. auch WICHTERMANN, BSK ZGB, Art. 653 ZGB N 18; KRAUSKOPF, ZK, Art. 143 OR N 66. KRAUSKOPF weist darauf hin, dass dieser Umstand in der Lehre teilweise übersehen wird, da mit Verweis auf die gesetzlichen Normen zur Solidarität (vgl. Art. 544 Abs. 3 OR; Art. 603 Abs. 1 ZGB) ausgeführt wird, gemeinschaftliche Schulden unter Gesamthändern würden nicht existieren; so wohl GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3694–3696; GUHL/KOLLER, S. 35 f.

223 Statt vieler: KRAUSKOPF, ZK, Art. 143 OR N 70 und 73 m.w.H.

224 KRAUSKOPF, ZK, Art. 143 OR N 65.

225 So die Minderheitsmeinung von SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.07, welche zwischen Schuld und Haftung unterscheiden wollen und vorbringen, die Bestimmungen von Art. 544 Abs. 3 OR und Art. 603 Abs. 1 ZGB würden lediglich die Haftung betreffen; vgl. auch WEISS, S. 33, der jedoch wie SCHWENZER keinen Unterschied zwischen Leistung von Vermögenswerten an den Gläubiger macht, an denen die Gesamthänder gemeinschaftlich berechtigt sind und der Leistungen von anderen vertraglichen Schuldverpflichtungen, die keine Haftung darstellen und nicht das gesamthänderisch verwaltete Vermögen betreffen. Insbesondere ist unstreitig, dass der unteilbare Unterlassungsanspruch nach Art. 257f OR als vertragliche Schuldpflicht auch einzig gegen den störenden Mitmieter geltend gemacht werden kann, auch wenn die Mitmieter im Innenverhältnis eine einfache Gesellschaft bilden.

226 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3696; GAUTSCHI, N 138; KOLLER, N 75.08; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 160.

4. Ist eine unteilbare Leistung im Einzelfall von mehreren Schuldnern zu entrichten, so ist jeder Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet (Art. 70 Abs. 2 OR; sog. **Schuldnergemeinschaft bei unteilbarer Leistung**). Das Gesetz spricht in diesem Zusammenhang zwar nicht ausdrücklich von Solidarität, die Folgen von Art. 70 Abs. 2 OR sind im Wesentlichen jedoch dieselben.[227] Diese Erscheinungsform wird von GUHL und KOLLER als «formale Solidarität» bezeichnet.[228] Systematisch gesehen unterscheidet sich diese Bestimmung von jener zur Solidarität nach den Art. 143 ff. OR dadurch, dass sie nicht auf die persönliche Zusammengehörigkeit abstellt, sondern auf die besondere Art der Leistung.[229] Schulden mehrere Personen dem Gläubiger eine unteilbare Leistung, muss daher gestützt auf Art. 70 Abs. 2 OR jeder Einzelne dafür sorgen, dass er zur Erbringung der (unteilbaren) Leistung in der Lage ist.[230]

   Bei der gemeinsamen Miete haben die Gerichte folgende Leistungen als unteilbar beurteilt:
   - Bei mehreren Mietern ist jeder Mitmieter einzeln verpflichtet, dem Vermieter die Besichtigung der Mietsache i.S.v. Art. 257h Abs. 2 OR zu erlauben. Die Mieter bilden diesbezüglich keine notwendige Streitgenossenschaft, weshalb der Vermieter seinen Anspruch auch gegenüber einem einzelnen Mieter durchsetzen kann.[231]
   - Unteilbar ist im Rahmen des Mietverhältnisses der Unterlassungsanspruch nach Art. 257f OR.[232]
   - Auch die Rückgabe der Mietsache gestützt auf Art. 267 OR ist eine unteilbare Leistung im Sinne von Art. 70 Abs. 2 OR.[233] Der eingeklagte Mieter hat grundsätzlich dafür zu sorgen, dass er die gemeinsame gemietete Sache zurückgeben kann.[234] In prozessualer Hinsicht bilden die beklagten Mieter im Ausweisungsverfahren somit

227 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.08; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3698.

228 GUHL/KOLLER, OR, S. 29.

229 WEBER ROLF, BK, Art. 70 OR N 6.

230 FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 160; BECKER, BK, Art. 144 N 1; a.M. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 88.09, welche Art. 70 Abs. 2 OR nur für Fälle anwenden wollen, bei denen der einzelne Schuldner die Leistung auch erbringen kann, ansonsten eine gemeinschaftliche Schuld besteht.

231 Vgl. Urteil des Bezirksgerichts La Chaux-de-Fonds vom 6. Dezember 2007, in: DB 2008, S. 53 f.

232 Vgl. Urteil des BGer 4A_429/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 2.2.

233 Urteil des BGer 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 4.3; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 28; WEBER ROLF, Art. 70 OR N 19 m.w.H.

234 Vgl. dazu auch BECKER, BK, Art. 144 OR N 1.

keine notwendige, sondern lediglich eine einfache Streitgenossenschaft.[235]

– In diesen Fällen ist in der Praxis allerdings zu beachten, dass es zur Durchsetzung der Forderung trotz solidarischer Verpflichtung nicht zielführend ist, nur gegen einen Schuldner vorzugehen, wenn der andere sich beispielsweise weigert, die Sache zurückzugeben. So wirkt ein Ausweisungsentscheid nur zwischen den Prozessparteien und würde zur Ausweisung des betreffenden Mieters, nicht aber anderer Mieter genügen.[236]

Art. 70 Abs. 2 OR ist nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung **subsidiär zu den Bestimmungen der Solidarität** i.S.v. Art. 143 ff. OR. Gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist ein Rückgriff zu Art. 70 Abs. 2 OR nur dann erforderlich, wenn bezüglich der fraglichen Leistung keine gesetzliche oder vertragliche Solidarität besteht.[237] Art. 70 Abs. 2 OR erlaubt es jedoch den Gerichten bei unteilbaren Leistungen, eine «formale» Solidarität zu bejahen, ohne eine Solidarität gestützt auf Art. 143 OR prüfen zu müssen.[238]

Der Vollständigkeit halber ist zu beachten, dass von Art. 70 Abs. 2 OR der Fall nicht erfasst wird, da eine **Leistung rechtlich unteilbar** ist, also mehrere Personen aufgrund einer Gesamthandberechtigung aus rechtlichen Gründen verpflichtet sind, eine unteilbare Leistung gemeinschaftlich zu leisten.[239] Als Beispiel dient die bereits erwähnte Forderung auf Übertragung von Eigentum einer im Gesamteigentum stehenden Sache. Es liegt eine gemeinschaftliche Schuld vor, weshalb auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen wird.

235 Vgl. die Urteile des Obergerichts Zürich LF110128 vom 1. März 2012 E. II.4.3; LF160018 vom 7. März 2016 E. 4.2; LF160025 vom 14. April 2016 E. 2.1; PF170030 vom 25. Juli 2017 E. 2.3; vgl. auch BACHOFNER, N 297; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 267–267a N 29; RAJOWER, S. 805;

236 BACHOFNER, N 297; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Art. 253 OR N 28; Siehe dazu näher hinten, S. 248 f.

237 Urteil des Kantongerichts St. Gallen BO.2011.22/23 vom 8. März 2012 E. 3d; WEBER ROLF, BK, Art. 70 OR N 47 m.w.H; Schraner, ZK, Art. 70 OR N 11 und 44; vgl. auch BUCHER, S. 490; KOLLER, N 75.01; KRATZ, BK, Art. 143 OR N 228; anders wohl SCHROETER, BSK OR, Art. 70 OR N 3, der Art. 70 OR als lex specialis zu den Art. 143 ff. OR betrachtet.

238 Vgl. etwa Urteil des BGer 4C.228/2002 vom 18. Oktober 2002 E. 2.3, wonach im Unterschied zu teilbaren Leistungen geprüft werden müsse, ob eine Solidarität gestützt auf Vertrag oder Gesetz vorliegt; vgl. auch Urteil des Kantongerichts St. Gallen BO.2011.22/23 vom 8. März 2012 E. 3d;

239 Vgl. WEBER ROLF, BK, Art. 70 OR N 13 und 26, der spezifiziert, dass Art. 70 OR nicht auf die Fälle von «rechtlicher» Unteilbarkeit konzipiert ist; siehe auch WEISS, S. 26 f.

2. Forderungen

Stehen mehrere Mieter dem Vermieter in ihrer Rolle als Gläubiger gegenüber, sind spiegelbildlich die gleichen Erscheinungsformen möglich.[240] Im Mietrecht haben die folgenden zwei Gestaltungen eine besondere praktische Bedeutung:

1. Besteht zwischen mehreren Mietern im Innenverhältnis eine einfache Gesellschaft oder eine Erbengemeinschaft, so bilden sie eine **gemeinschaftliche Gläubigerschaft** (Gläubigerschaft zur gesamten Hand; vgl. Art. 544 Abs. 1 OR und Art. 602 Abs. 2 ZGB). Liegt eine gesamthänderische Forderung vor, so ist diese von allen Gläubigern gemeinsam geltend zu machen.
2. Ist im Einzelfall eine **unteilbare Leistung** an mehrere Gläubiger zu entrichten, so hat der Schuldner an alle gemeinsam zu leisten, und jeder Gläubiger kann die Leistung an alle gemeinsam fordern (Art. 70 Abs. 1 OR; sog. Gläubigergemeinschaft bei unteilbarer Leistung). Im Unterschied zur gemeinschaftlichen Gläubigerschaft ist jeder Gläubiger einzeln – und ohne Mitwirkung des anderen – berechtigt, die Leistung an alle einzufordern.[241] Eine unteilbare Forderung mehrerer Mieter bildet etwa der Anspruch auf Übergabe des Mietobjekts oder die Beseitigung eines Mangels (Art. 259b OR).[242]

Zu beachten ist jedoch, dass die für die **Gesamthandgemeinschaft geltenden Regelungen** nach der herrschenden Lehre **der Bestimmung von Art. 70 Abs. 1 OR vorgehen** (vgl. Art. 544 Abs. 1 OR; Art. 602 Abs. 2 ZGB).[243]

— Bilden mehrere Mieter eine einfache Gesellschaft, ist etwa die (unteilbare) Forderung auf Übergabe der Sache gemeinsam geltend zu machen. Ebenfalls gemeinsam vorzugehen haben mehrere Mieter im Gesamthandverhältnis bei der Beseitigung von Mängeln. Im Rahmen der ordentlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis steht es in der Regel jedem Mieter zu, die Beseitigung vom Vermieter namens der Gemeinschaft zu verlangen (vgl. Art. 166 Abs. 1 ZGB; Art. 535 Abs. 1 i.V.m. Art. 543 Abs. 3 OR).[244]

240 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3686.

241 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3682.

242 Vgl. BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 32; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 113 und 122; SCHMID JÖRG, S. 34; SCHMID HANS, S. 356.

243 SCHRANER, ZK, Art. 70 OR N 32; WEBER ROLF, BK, Art. 70 OR N 26; vgl. auch HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 116; HOHL, Commentaire Romand, Art. 70 OR N 2; SCHMID JÖRG, S. 34; a.M. DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 195; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 31.

244 SCHMID HANS, S. 356; im Ergebnis gleich, aber betreffend die Begründung a.M. SCHMID JÖRG, S. 34, der das Recht des Einzelnen auf die Bestimmung von Art. 70 Abs. 1 OR stützt.

- Diese Differenzierung ist in prozessualer Hinsicht von wesentlicher Bedeutung. Bilden die Mieter im Innenverhältnis eine einfache Gesellschaft, haben die Mieter gestützt auf die herrschende Lehre die Forderung gemeinsam geltend zu machen und bilden prozessual eine **notwendige aktive Streitgenossenschaft** (vgl. Art. 70 Abs. 1 ZPO).[245]
- Die abweichende Auffassung von BOHNET und DIETSCHY-MARTENET, wonach die Bestimmung von Art. 70 Abs. 1 OR auch bei Gesamthandverhältnissen (primär) anwendbar bleibt,[246] vermag nicht zu überzeugen. Zur Begründung verweisen sie auf zwei Entscheide des Bundesgerichts zu Art. 70 Abs. 2 OR.[247] Wie gesehen besteht bei Gesamthandgemeinschaften als Schuldner bereits von Gesetzes wegen Solidarität, die mit der «formalen» Solidarität bei unteilbaren Leistungen zusammenfällt.[248] Bilden mehrere Gläubiger eine Gesamthandschaft, werden sie von Gesetzes wegen nur zur gesamten Hand berechtigt, weshalb in diesem Fall keine mit Art. 70 Abs. 1 OR übereinstimmende Berechtigung besteht, da die Forderung den Gesellschaftern von Gesetzes wegen nur gemeinschaftlich zusteht (vgl. Art. 544 Abs. 1 OR als lex specialis[249]). Der Schuldner kann sich mit anderen Worten nicht durch Leistung an einen einzelnen Gläubiger befreien, sondern nur durch Gesamtleistung an alle Gläubiger.[250]

3. Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerechte

Beim Gestaltungsrecht handelt es sich um die Befugnis einer Partei, die Rechtsstellung eines anderen ohne dessen Mitwirkung einseitig zu ändern.[251] Das Gestaltungsklagerecht bezweckt die gerichtliche Gestaltung einer Rechtslage durch Urteil.[252] Die Einheitlichkeit des gemeinsamen Mietvertrags hat insbesondere zur Folge, dass die mit dem Schuldverhältnis verbundenen unteilbaren Gestaltungsrechte oder Gestaltungsklagerechte grundsätzlich nur allen Parteien einer Parteiengruppe **gemeinsam zustehen und gegen-**

245 Statt vieler: PESTALOZZI/VOGT, BSK OR, Art. 544 OR N 4 m.w.H.

246 Vgl. BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 31.

247 Vgl. Urteile des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.1; 4A_429/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 2.2.

248 Siehe vorne, S. 43 f.

249 Vgl. WEBER ROLF, BK, Art. 70 OR N 26.

250 BGE 140 III 150 E. 2.2.2; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 3672; GUHL/KOLLER, S. 26; KRAUSKOPF, ZK, Art. 150 OR N 22; VON TUHR/ESCHER, S. 292.

251 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 65.

252 Als Gestaltungsklage gilt etwa die gegen eine Kündigung gerichtete Anfechtungsklage i.S.v. Art. 273 Abs. 1 OR; siehe hinten, S. 209 f.

über allen Gegenparteien ausgeübt werden müssen, ansonsten die Erklärung nichtig ist.[253]

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich im Wesentlichen mit dem aufhebenden Gestaltungsrecht der Kündigung, auf die im fünften Teil der vorliegenden Arbeit eingegangen wird.[254]

4. Kapitel: Abgrenzung zu anderen Vertragsverhältnissen

I. Allgemeines

1. Ausgangslage

Es kann im Einzelfall streitig sein, in welcher Rolle eine Person am Mietvertrag beteiligt ist und ob ein einfacher oder gemeinsamer Mietvertrag entstanden ist. Wird beispielsweise im Vertragskopf nur ein einziger Mieter aufgeführt, unterzeichnet jedoch eine zusätzliche Person den Vertrag mit, ist zu prüfen, ob sich diese Person dadurch als Mieterin verpflichtet oder ob dieser Mitunterzeichnung ein anderer Erklärungswert zukommt.[255]

Fehlt es einem Mietinteressenten an Bonität, kommt es zuweilen vor, dass der Vermieter bzw. die Liegenschaftsverwaltung zur Absicherung eine zusätzliche Person als «Mieter» in den Vertrag aufnimmt (z.B. den Vater eines Studenten). In der Regel benützt dieser zusätzliche Mieter das Mietobjekt in der Folge nicht. Will der Vermieter diesen belangen, kann streitig sein, ob diese Person ein «Mieter» geworden ist oder aufgrund der Umstände ein blosses Sicherungsgeschäft (z.B. Bürgschaft) vorliegt (Personalsicherheit).[256]

2. Abgrenzung anhand Vertragsauslegung

Die Abgrenzung des Mietvertrags mit mehreren Mietern zu anderen Vertragsverhältnissen erfolgt mittels Vertragsauslegung. Ebenfalls auf diesem Weg ist zu ermitteln, in welcher Rolle sich eine Person am Mietvertrag beteiligt hat.[257] Da auf die Grundsätze der Auslegung bei den nachfolgenden Ab-

253 VON TUHR/ESCHER, S. 296. Eine Ausnahme besteht nach der hier vertretenen Auffassung bei der Geltendmachung der Unverbindlichkeit im Zusammenhang mit Gültigkeitsmängeln, welche bei mehreren Personen lediglich die Willenserklärung einzelner beschlägt. Siehe dazu vorne, S. 27 ff.

254 Siehe hinten, S. 135 ff.

255 Siehe hierzu bereits vorne, S. 21 ff.

256 Siehe hierzu hinten, S. 55 ff.

257 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 120.

grenzungsfällen wiederholt zurückgegriffen wird, werden diese in der gebotenen Kürze skizziert.[258]

2.1. Gegenstand der Auslegung

Ausgelegt werden die **Erklärungen der Vertragsparteien,** die schriftlich, mündlich oder durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden.[259] Von den Willenserklärungen abzugrenzen sind die sog. rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen bzw. Erklärungen.[260] Hierzu gehört etwa die von einem Ehegatten mittels Unterschrift gegebene blosse Bestätigung der Kenntnisnahme des Mietvertrags und dessen Inhalts.[261]

2.2. Ziel der Auslegung und Methode

1. Ziel der Auslegung ist es, zu bestimmen, ob zwischen den Parteien gestützt auf die abgegebenen Willenserklärungen **ein Konsens besteht (**Art. 1 OR**) und was der Inhalt dieses Konsens ist (**Art. 18 OR**).**[262] Beide Aspekte greifen ineinander, weshalb insbesondere das Bundesgericht diese Aspekte gemeinsam behandelt und häufig vermischt.[263] Eine Vermischung ist auch bei der Abgrenzung vom gemeinsamen Mietvertrag zu anderen Vertragsverhältnissen unumgänglich.
2. Ist etwa streitig, ob eine Person als Mitmieter am Vertrag beteiligt oder deren Willenserklärung auf einen blossen Schuldbeitritt gerichtet war,[264] so ist diese Willenserklärung und die Erklärung des Vermieters sowohl für die Frage, ob ein Konsens bestanden hat, als auch, welchen Inhalts dieser Konsens war, bedeutsam.
3. Für die Bestimmung des Inhalts der abgegebenen Willenserklärungen ist wie für diejenige anderer Verträge gemäss Art. 18 Abs. 1 OR zunächst massgebend, was die Parteien **tatsächlich übereinstimmend gewollt** haben (subjektive Auslegung). Sind sich die Parteien bezüglich des ver-

---

258 Für Einzelheiten: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR N 1 ff.; MÜLLER, BK, Art. 18 OR N 1 ff.; WIEGAND, BSK OR, Art. 18 OR N 1 ff.

259 JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR N 310; WIEGAND, BSK OR, Art. 18 OR N 10; MÜLLER, BK, Art. 18 OR N 104.

260 BERGER, N 250 f.; MÜLLER, BK, Art. 1 N 23 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 27.06

261 Siehe vorne, S. 22.

262 BGE 144 III 43 E. 3.3; Urteile des BGer 4A_269/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.3; 4A_519/2011 vom 28. November 2011 E. 3.1; 4D_21/2010 vom 3. Mai 2010 E. 4.3; WIEGAND, BSK OR, Art. 18 OR N 11.

263 WIEGAND/HURNI, Kurzkommentar, Art. 1 N 18. Die Auslegung i.S.v. Art. 18 OR zieht notwendigerweise die Willenserklärung der Parteien mit ein, vgl. z.B. BGE 131 III 467 E. 1.1.

264 Vgl. die Konstellation im Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 3.1.

einbarten Vertragsinhalts tatsächlich einig, liegt ein sog. natürlicher Konsens vor.[265]

4. Falls das Gericht einen übereinstimmenden wirklichen Willen nicht feststellen kann bzw. dieser unbewiesen bleibt, beurteilt sich nach dem **Vertrauensprinzip,** welchen Inhalt eine Willenserklärung hat (objektive Auslegung). Die Erklärung ist danach so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben im Einzelfall verstanden werden durfte und musste.[266] Lässt sich der Inhalt der Willenserklärungen nicht mehr tatsächlich feststellen, fehlt es in der Regel auch an der Feststellung des natürlichen Konsenses. Ist somit (auch) streitig, ob überhaupt ein bestimmter Vertrag entstanden ist, bindet die abgegebene Willensäusserung die erklärende Partei nach dem Vertrauensprinzip so, wie sie die Gegenpartei nach Treu und Glauben aufgrund der Umstände und ihres gesamten Zusammenhangs verstehen durfte und musste.[267]

2.3. Auslegungsmittel

In der Lehre besteht weitgehend Einigkeit über die Mittel zur Bestimmung, ob ein Konsens besteht und welchen Inhalts dieser ist.[268] Gilt es, den tatsächlichen Willen der beteiligten Parteien zu ermitteln, sind **alle Umstände zu berücksichtigen,** aus denen darauf geschlossen werden kann, was die betreffende Partei beim Abschluss des Vertrags gewollt hat.[269] Der Wille als innere Tatsache lässt sich dabei nicht direkt beweisen. Vielmehr muss aus Indizien auf einen solchen Willen geschlossen werden.[270] Grob skizziert sind folgende Auslegungsmittel zu berücksichtigen:

— Es gibt keine Hierarchie der Auslegungsmittel. Jedoch ist bei der Prüfung primär vom **Wortlaut** der Vereinbarung auszugehen.[271]

— Ergänzend zu berücksichtigen sind die «**Umstände**». Dazu gehören insbesondere die Entstehungsgeschichte des Vertrags (z.B. Begleitumstände, das Verhalten der Parteien vor Vertragsabschluss und deren Interessen-

265 Statt vieler: BGE 142 III 239 E. 5.2.1; 132 III 268 E. 2.3.2; 123 III 35 E. 2b.

266 Statt vieler: BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 142 III 239 E. 5.2.1; 142 V 466 E. 6.1; 138 III 659 E. 4.2.1.

267 Vgl. z.B. Urteil des BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.

268 WIEGAND/HURNI, Kurzkommentar, Art. 1 OR N 18.

269 Vgl. BGE 135 III 31 E. 2.2.6; 128 III 50 E. 2c/aa; vgl. auch Urteil des BGer 5A_773/2018 vom 30. April 2019 E. 7.2; WIEGAND/HURNI, Kurzkommentar, Art. 18 N OR 17.

270 Vgl. BGE 140 III 193 E. 2.2.1; 128 III 390 E. 4.3.2; 98 II 231 E. 5; KUMMER, Berner Kommentar, 1962, Art. 8 ZGB N 92.

271 Statt vieler: BGE 136 III 186 E. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1206 ff. m.w.H.

lage bzw. der Vertragszweck), das Verhalten nach Vertragsschluss oder die Verkehrssitte und Usanzen.[272]

Die für die Ermittlung des tatsächlichen Willens verwendeten Auslegungsmittel werden fast alle auch bei der objektiven Auslegung herangezogen. Bei der objektiven Auslegung jedoch nicht berücksichtigt wird das Verhalten nach Vertragsschluss, da allein auf die Verhältnisse bei Vertragsschluss abzustellen ist.[273]

Dem Wortlaut kommt nur dann gegenüber den ergänzenden Auslegungsmitteln der Vorrang zu, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben.[274] **Abgelehnt wird vom Bundesgericht die sog. Eindeutigkeitsregel,** wonach der klare Wortsinn allein für die Vertragsauslegung massgebend ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt.[275]

3. Beweislastfragen und Bedeutung der Vertragsgestaltung

Gemäss Art. 8 ZGB hat – soweit es das Gesetz nicht anders bestimmt – derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Will der Vermieter eine Person als Mitmieterin belangen, so hat er im Bestreitungsfall deren Mieterstellung zu beweisen.[276] Der Beweis gelingt ihm, wenn zwischen den Parteien ein (tatsächlicher oder normativer) Konsens bestand und der Inhalt dieses Konsenses darauf lautete, dass die fragliche Person als (Mit-)Mieter in den Vertrag einbezogen wurde.

Zwar bildet der Wortlaut – wie gesehen – nur Grundlage, aber nicht Grenze der Auslegung.[277] Dennoch kommt dem Wortlaut die primäre Bedeutung zu.[278] Wer Partei ist, ergibt sich im schriftlichen Mietvertrag in der Regel aus dem Vertragskopf bzw. dem Rubrum des Vertrags und der Unterschriftenzeile. Bezeichnet der Vertrag zwei Personen als «Mieter» und unterzeichnen diese gemeinsam den Vertrag, liegt nach dem Wortlaut ein gemeinsamer Mietvertrag

272 Vgl. statt vieler: Urteile des BGer 5A_84/2017 vom 7. November 2017 E. 3.1; 4A_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1212 m.w.H.

273 BGE 129 III 675 E. 2.3; WIEGAND/HURNI, Kurzkommentar, Art. 18 OR N 24.

274 Urteil des BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.4.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1220; WIEGAND/HURNI, Kurzkommentar, 18 N 17.

275 Urteil des BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2.

276 Vgl. etwa die Ausgangslage in Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006.

277 WIEGAND/HURNI, Kurzkommentar, Art. 18 N 21.

278 Dies betont auch SOMMER, MRA 2010, S. 44.

vor. Lassen die übrigen Auslegungsmittel keinen sicheren Schluss auf einen anderen Sinn zu bzw. bleiben die entsprechenden Behauptungen eines vom Wortlaut abweichenden subjektiven Willens unbewiesen, so ist der Wortlaut von vorrangiger Bedeutung. KRAMER spricht diesfalls von einer **Vermutung, dass der Wortlaut des Vertrags dem Willen der Parteien entspricht.**[279] Wer aus der Behauptung, der Wortlaut entspreche nicht dem eigentlichen Sinn des Vereinbarten, eine Rechtsfolge ableiten will, trägt für diese Tatsachenbehauptung die Beweislast.[280]

Sollen beispielsweise mehrere Personen Vertragsparteien werden, so weist das Rubrum des schriftlichen Vertrags diese Personen im Normalfall als Mieter aus, und der Mietvertrag wird von diesen Personen unterzeichnet.[281] Entsprechend deutet der Wortlaut diesfalls auf einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen hin, dass sich diese Personen als Mieter verpflichten wollten.[282] Behauptet die als «Mieter» eingeklagte Person also, die Parteien hätten tatsächlich etwas anderes vereinbart (z.B. die Verpflichtung als Bürge), so ist sie für diese Tatsache beweispflichtig.

II. Abgrenzungen im Einzelnen

1. Einfacher Mietvertrag

Eine einfache Miete liegt vor, wenn sich **nur eine Person** gegenüber dem Vermieter **als Mieter und Vertragspartei verpflichtet.** Ist von den Parteien eine einfache Miete beabsichtigt, wird beim schriftlichen Vertrag diesfalls im Rubrum des Vertrags nur eine einzige Partei als Mieter aufgeführt, die den Vertrag in der Folge unterzeichnet.[283]

279 KRAMER, BK, Art. 18 OR N 102; vgl. auch Urteil des Handelsgerichts Zürich HG160182 vom 27. Juni 2019 E.f.

280 BGE 121 III 118 E. 4b/aa; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1201a; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR N 36; vgl. auch N 45: «Die Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom Wortlaut abweichenden Willens trifft diejenige Partei, die aus diesem Willen eine Rechtsfolge ableitet.»

281 Vgl. Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 3.2; FUTTERLIEB, immobilia, S. 28 f.; HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 230; HAUSHEER/REISER/GEISER, zu Art. 162 ZGB N 25; vgl. auch KINNE, S. 36.

282 Vgl. zum Beispiel Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006, wo der strittige schriftliche Mietvertrag in der Rubrik «Mieter» zwei Namen aufführte und auch beide den Vertrag unterzeichnen. In der Folge bestritt jedoch einer dieser zwei Personen sich als Mieter verpflichtet zu haben.

283 Illustrativ das Urteil 4A_437/2009 vom 11. November 2009, besprochen in ius.focus 2010 Nr. 5, wonach aus der Wendung «gemeinsam und solidarisch untereinander haftbar» am Ende eines Nachtrags zu einem Mietvertag nicht ableiten lässt, dass eine Gesellschafterin, welche für die mietende Gesellschaft unterschrieben hatte, auch in eigenem Namen gehandelt hat und neben der Gesellschaft Mieterin geworden ist.

- Dies ist beispielsweise auch der Fall, wenn mehrere Personen beabsichtigen, das Mietobjekt zu bewohnen (z.B. Ehegatten oder Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft), sich von mehreren Personen jedoch nur eine vertraglich verpflichtet.[284] Der andere ist allenfalls Untermieter oder blosser Hausgenosse.[285]
- Auch wenn der Gesetzgeber beispielsweise dem nicht mietenden Ehegatten verschiedene quasivertragliche Rechte einräumt, wird dieser nicht von Gesetzes wegen Partei des Mietvertrags.[286] Es entsteht keine gemeinsame Miete, da der Mietvertrag ausschliesslich mit dem einzelnen Mieter abgeschlossen wird und nicht mit beiden Eheleuten oder Konkubinatspartnern. Daran ändert sich gemäss Lehre und Rechtsprechung auch nichts, wenn die andere Person das Mietobjekt in der Folge mitbenützt oder zum Mietzins beiträgt.[287]

2. Mietverträge mit juristischen Personen und Gemeinschaften, die wie eine solche behandelt werden

Abzugrenzen ist der Mietvertrag mit mehreren Mietern vom Mietvertrag, den der Vermieter mit einer (rechtsfähigen) **juristischen Person** eingeht (vgl.

Sie wurde weder als «Mieterin» bezeichnet noch unterzeichnete sie den Nachtrag sowohl als Vertreterin der GmbH als auch in eigenem Namen. Als «Mieterin» was lediglich die GmbH aufgeführt. Mangels Stellung als Mieterin begründet die Wendung im Vertrag keine solidarische Haftung neben der mietenden Gesellschaft (E. 4.3). Da die Gesellschafterin nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht in eigenem Namen gehandelt hat, prüft das Bundesgericht auch nicht weiter, ob sie sich als Sicherheitsgeberin verpflichtete (E.5).

284 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR 103; MICHELI, S. 3; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 61; SCHMID HANS, S. 349; SCHMID JÖRG, S. 32. Bei Ehegatten: Solange der Ehepartner den Mietvertrag nicht mit abgeschlossen hat, ist er nicht Vertragspartei, vgl. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB N 9; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N 17.08.

285 Siehe dazu hinten, S. 53 f.

286 SCHMID HANS, S. 349; vgl. Urteil des Obergerichts Zürich vom 22. November 1989, E. 3b, in: SJZ 1990, S. 212.

287 Urteil des Bundesgerichts 4D_81/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3.4.2, wo die Beschwerdeführerin bereits vor dem Konkubinat alleinige Mieterin der mit dem Konkubinatspartner bewohnten Wohnung war, welche sie auch nach Beendigung des Konkubinats nicht verliess. Demnach wurde dieser Mietvertrag - unabhängig davon, dass der Konkubinatspartner in der gemieteten Wohnung wohnte - nicht mit Bezug auf die Gemeinschaft abgeschlossen, weshalb deren Liquidation diesen Vertrag nicht erfasste; DILLIER, S. 243; MICHELI, S. 3 SCHMID JÖRG, S. 32; und 7; vgl. auch Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 5. April 2000 E. I.ba, in: MRA 2001, S. 27 ff. mit einem Kommentar von ROHRER, der präzisiert, vorbehältlich der Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung könne nur die Vertragspartei Ansprüche aus dem Mietvertrag erheben. Dies gelte – entgegen den Erwägungen des Gerichts – für alle aus dem Mietvertrag abgeleiteten Rechte und Ansprüche, gleichgültig, ob sie nur gegenüber dem Vermieter oder im Rahmen eines Verfahrens geltend gemacht werden (S. 34 f.).

Art. 53 ZGB). Schliesst eine juristische Person als Mieterin einen Mietvertrag ab, liegt ein einfacher Vertrag vor.[288]

Eine Besonderheit bildet der Fall, da der Mietvertrag durch eine Gemeinschaft abgeschlossen wird, der – allenfalls nur in bestimmter Hinsicht – die Fähigkeit zukommt, eigene Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen:

— Dazu gehören zunächst die **Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften,** die im Aussenverhältnis als selbständiges Rechtssubjekt auftreten. Es liegt ein einfacher Mietvertrag vor: Partei ist die Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft und nicht die einzelnen Gesellschafter.[289]
— In diese Kategorie gehört auch die **Stockwerkeigentümergemeinschaft.** Sie ist grundsätzlich mit Bezug auf die Verwaltung des Stockwerkeigentums handlungsfähig. Zur Wahrnehmung ihrer Verwaltungsaufgaben kann die Gemeinschaft in eigenem Namen Verträge mit Dritten eingehen, insbesondere Mietverträge zur Vermietung eines gemeinschaftlichen Teils. Ebenfalls denkbar ist etwa die Miete durch die Gemeinschaft eines Saals zur Durchführung der Stockwerkeigentümerversammlung. Es handelt sich auch in diesen Fällen um einfache Mietverträge.[290]

3. Untermiete oder anderer Mitgebrauch der Sache

Abzugrenzen ist der Mietvertrag mit mehreren Mietern zu Situationen, in denen zwar mehrere Personen das Mietobjekt gebrauchen, Vertragspartei des Vermieters aber nur eine einzige Person ist und somit ein einfacher Mietvertrag vorliegt.[291] Es handelt sich diesfalls um eine Untermiete (Art. 262 OR) oder einen sonstigen Mitgebrauch der Sache.

1. Bei der Untermiete besteht zwischen dem Vermieter und dem Mieter ein einfacher Mietvertrag. An diesem **(Haupt-)Mietvertrag ist der Untermieter nicht beteiligt.**[292] Dieser steht mit dem Mieter in einem Untermietverhältnis. Beim Untermietvertrag handelt es sich seinerseits um einen Mietvertrag i.S.v. Art. 253 ff. OR.[293]

288 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 7.

289 Siehe bereits vorne, S. 8.

290 Siehe bereits vorne, S. 8.

291 Vgl. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 13; MICHELI, S. 3; vgl. auch Urteil des BGer 4C.446/2006 vom 26. März 2007 E. 3;

292 MICHELI, S. 6.

293 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 262 OR N 9 m.w.H.

- Beim schriftlichen Mietvertrag bereitet diese Abgrenzung in der Regel keine Probleme. Sonderfälle sind vorbehalten.[294] Vertragspartner des Vermieters wird lediglich ein einziger (Haupt-)Mieter, der als solcher im Rubrum des Mietvertrags erwähnt wird und den Vertrag unterzeichnet.
- Wird der Mietvertrag **mündlich** geschlossen, ist durch Auslegung der abgegebenen Erklärungen im Einzelfall zu ermitteln, in welcher Rolle die betreffenden Personen am Mietvertrag beteiligt sind.[295]

Betreffend das **Verhältnis zwischen dem Mieter und dem Untermieter** ist zu beachten, dass der Untermietvertrag ein Austauschverhältnis darstellt, weshalb der Mieter und der Untermieter allenfalls im gleichen Miet-objekt wohnen, aber hinsichtlich des Abschlusses des Hauptmietvertrags mit dem Vermieter keine Zweckgemeinschaft bilden. Nichtsdestotrotz kann sich etwa eine Lebensgemeinschaft von Konkubinatspartnern, die rechtlich in einem Untermietverhältnis steht, aufgrund der Umstände – und unter Ausschluss des Mietverhältnisses – zu einer einfachen Gesellschaft verdichten.[296]

2. Ebenfalls kein gemeinsames Mietverhältnis wird begründet, wenn der Mieter anders als bei der Untermiete lediglich temporär und unentgeltlich Dritte (z.B. Gäste, Besucher) oder dauerhaft die engsten Familienangehörigen aufnimmt (z.B. Ehefrau, Kinder).[297]

294 Um einen Sonderfall handelte es sich beim Sachverhalt im Urteil des Bundesgerichts 4C.446/2006 vom 26. März 2007 E. 3.2 f. Eine juristische und eine natürliche Person waren im Rubrum des schriftlichen Vertrags als Mieter bezeichnet. Es handelte sich um eine Gesellschaft und einen ihrer Arbeitnehmer, der sich dannzumal nicht in der Schweiz aufhielt und noch keine Aufenthaltsbewilligung besass. Der Mietvertrag wurde nur von der Gesellschaft unterzeichnet, und zwar ohne Angabe eines Vertretungsverhältnisses mit Bezug auf den Arbeitnehmer. Eine Vollmacht des Arbeitnehmers dahingehend, dass die Gesellschaft für ihn unterzeichnen könnte, lag im Übrigen auch nicht vor. Auch wurde der Mietvertrag nachträglich nicht auf den mit seiner Familie im Mietobjekt wohnenden Arbeitnehmer übertragen. Aufgrund der Umstände bejahte das Bundesgericht gestützt auf eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip – d.h. ohne Berücksichtigung des nachvertraglichen Parteiverhaltens – zwischen der Gesellschaft der Vermieterin ein einfaches Mietverhältnis und zwischen der Gesellschaft und dem Arbeitnehmer trotz des Rubrums ein (stillschweigendes) Untermietverhältnis.

295 Siehe dazu vorne, S. 14 f.

296 Vgl. statt vieler: BGE 108 II 204 ff.

297 HEINRICH, Handkommentar, Art. 262 N 3; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 262 OR N 1 m.w.H.; vgl. auch Urteil des BGer 4D_81/2012 vom 26. Oktober 2012, E. 3.2, wonach die Aufnahme eines Lebenspartners in eine Wohnung ein Untermietverhältnis auch dann nicht begründet, wenn sich dieser an den Mietkosten beteiligt.

4. Personalsicherheit

4.1. Ausgangslage

Überlässt der Vermieter das Mietobjekt zum Gebrauch, geht er ein Risiko ein: Er überträgt den Besitz auf den Mieter und gibt somit wesentliche Bestandteile seiner Sachherrschaft auf. Tritt eine Vertragsstörung auf und bleiben beispielsweise Mietzinse aus, hat sich der Vermieter staatlicher Hilfe zu bedienen, um den vertragsverletzenden Mieter zur Zahlung zu verurteilen und gegebenenfalls aus der Wohnung zu weisen.[298] Die entsprechenden Betreibungs- bzw. Gerichtsverfahren können mit erheblichem Aufwand verbunden sein. Zudem ist im Einzelfall ungewiss, ob die ausgebliebenen Mietzinse überhaupt erhältlich gemacht werden können. Daher besteht auf Vermieterseite bei Vertragsschluss ein Bedürfnis, die **Zahlungsfähigkeit der Mieterschaft** zu prüfen und für die Dauer des Vertragsverhältnisses sicherzustellen, dass diese den finanziellen Verpflichtungen nachkommt.

4.2. Die Sicherheiten des Vermieters im Überblick

Im Wesentlichen sind drei Kategorien von Sicherheiten i.w.S. zu unterscheiden:

1. Auf dem Gebiet der Wohn- und Geschäftsraummiete sind **gesetzlich Sicherheiten** vorgesehen, die in Geld oder in Wertpapieren geleistet werden (vgl. Art. 257e OR).[299]
2. Neben den gesetzlich geregelten Sicherheiten kann ein Dritter, ohne Mietpartei zu sein, sich zur Leistung einer Sicherheit in Form von **Real- oder Personalsicherheiten** verpflichten.[300] In der Praxis bedeutsam sind vor allem die Personalsicherheiten in Form der Bürgschaft (Bürgschaftsvertrag gem. Art. 492 ff. OR), der Garantie (Garantievertrag gem. Art. 111 OR) oder der kumulativen Schuldübernahme (Schuldbeitritt).[301]

298 REUDT, SVIT-Kommentar, N 1 zu Art. 257e OR; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257e OR N 5; PERMANN, OFK Mietrecht, Art. 257e OR N 1.

299 Vgl. Art. 257e OR; daneben sind andere Sicherheitsformen denkbar, welche nicht unter Art. 257e OR fallen; hierzu etwa Urteil des BGer 4C.154/2003 vom 6. Oktober 2003 E. 6, in: MRA 2004, S. 21 ff.; REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257e OR N 1 ff.; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257e OR N 3, 6 und 22; PERMANN, OFK Mietrecht, Art. 257e OR N 3; Weber Roger, BSK OR, Art. 257e ZGB N 2; Zihlmann, S. 62.

300 Vgl. Weber Roger, BSK OR, Art. 257e OR N 2.

301 REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257e OR N 3; PERMANN, OFK Mietrecht, Art. 257e OR N 3.

3. In der Praxis kommt es regelmässig vor, dass der Vermieter bzw. der Liegenschaftsverwalter einen Dritten zur Absicherung als **Vertragspartei,** d.h. als Mieter, in den Mietvertrag aufnimmt.[302]
4. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn der solvente Vater einer studierenden Tochter neben dieser als Mitmieter unterzeichnet.[303] Es kommt auch vor, dass ein Arbeitgeber für einen Angestellten oder eine Person für einen Freund mitunterzeichnet. Charakteristisch für diese und ähnliche Fälle ist es, dass eine in der Regel solvente natürliche oder juristische Person in den Mietvertrag zwar einbezogen wird, diese zusätzlich unterzeichnende Person das Mietobjekt aber nicht selbst zu gebrauchen beabsichtigt, sondern lediglich als «Bonitätsmieter» fungiert.[304]

Im letztgenannten Fall kann streitig sein, ob die betreffende Person tatsächlich (Mit-)Mieter geworden ist, oder sie sich lediglich als Sicherheitsgeber beteiligt hat und sich ihre Funktion in der Sicherstellung der mietvertraglichen Schuld gegenüber dem Vermieter erschöpft (Personalsicherheit).[305]

4.3. Beteiligung als Partei oder blosser Sicherheitsgeber

a Bedeutung des Wortlauts

Ist im Einzelfall streitig, ob sich eine Person als (Mit-)Mieter am Mietvertrag beteiligt hat oder lediglich als (unabhängiger) Sicherungsgeber, ist der betreffende Vertrag auszulegen. Das Bundesgericht hat sich vereinzelt mit der Abgrenzung zum Sicherungsgeschäft auseinandergesetzt.[306] **Auszugehen ist vom Wortlaut der getroffenen Vereinbarung.**[307] Wird eine Person etwa als «Mieter» in den Vertrag aufgenommen, spricht der Wortlaut für eine Mieterstellung.[308]

302 Vgl. LACHAT, Bail à loyer, S. 94 und S. 429; vergleichbare Fälle kommen beispielsweise im Darlehensrecht vor, vgl. FOUNTOULAKIS, S. 427.

303 Entscheid des Rekursgerichts des Kantons Waadt vom 10. August 1993, in: CdB 1995, S. 115 f.; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 94.

304 Zum Begriff: FERVERS, S. 110.

305 Vgl. LACHAT, Bail à loyer, S. 95: «En pratique, certains de ces colocataires, non-occupants des lieux, tentent de soutenir, au moment de devoir assumer leurs obligations, qu'il n'étaient en réalité que des garants.» Vgl. auch SOMMER, MRA 2003, S. 96.

306 Urteile des BGer 4A_484/2019 vom 29. April 2020; 4A_703/2012 vom 22. April 2013; 4A_41/2009 vom 1. April 2009; 4C.326/2002 (Berufung) und 4P.216/2002 (staatsrechtliche Beschwerde) vom 7. Februar 2003.

307 Vgl. vorne, S. 50.

308 Vgl. Urteile des BGer 4A_484/2019 vom 29. April 2020 E. 4.3.1; 4A_703/2012 vom 22. April 2013 E. 3.5; 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 3.2.Vgl. auch Urteile des BGer 4C.326/2002 (Berufung) und 4P.216/2002 (staatsrechtliche Beschwerde) vom 7. Februar 2003 E. 2. Auf kantonaler Ebene: Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Waadt vom 10. August 1993, in: CdB 1995, S. 115 f.; Entscheid des Mietgerichts des Kantons Waadt vom 30. März 1998, in: DB 2000, S. 23 ff.

Auch die Aufnahme einer Person als «Solidarpartner» kann gemäss Bundesgericht je nach Kontext bedeuten, dass eine Person als Vertragspartei aufgenommen werden soll.[309] Gegen eine Parteistellung spricht demgegenüber beispielsweise, wenn die Person als blosser «Solidarschuldner» bezeichnet wird.[310] Anders als ein «Partner» knüpft der Begriff keinen Konnex zu den Mietvertragsparteien, sondern deutet lediglich auf den Willen der Person hin, für eine Schuld haften zu wollen.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts in Urteil 4C.103/2006 E. 3.2 reicht die Vorlage des schriftlichen Mietvertrags nicht per se für den Beweis des tatsächlich übereinstimmenden Willens, dass sich die betreffende Person als Mitmieter beteiligt hat. Die Vorlage beweist in der Regel aber den Wortlaut der Vereinbarung.

b Umstände

Ergänzend zu berücksichtigen sind die «Umstände». Dazu gehören insbesondere die Entstehungsgeschichte des Vertrags (z.B. Begleitumstände, das Verhalten der Parteien vor Vertragsabschluss und deren Interessenlage bzw. der Vertragszweck), das Verhalten nach Vertragsschluss oder die Verkehrssitte und Usanzen. Mit Ausnahme des Verhaltens nach Vertragsschluss sind diese Umstände sowohl bei der subjektiven wie auch der objektiven Auslegung zu berücksichtigen. Die weiteren Umstände können zunächst den von den Parteien gewählten Wortlaut bestätigen oder relativieren.

Von wesentlicher Bedeutung ist in der Regel das **nachträgliche Verhalten der Parteien.** Hat eine Person, die sich auf eine blosse Bürgenstellung beruft, nicht nur den Mietvertrag als «Mieterin» unterschrieben, sondern nimmt gemeinsam mit dem anderen Mieter Rechte aus dem Mietverhältnis wahr (z.B. gemeinsame Geltendmachung eines Herabsetzungsanspruchs, Anfechtung der Kündigung, Antrag auf vorsorgliche Massnahmen, Einsprache gegen eine Baubewilligung oder Einreichung einer Strafklage) oder bezeichnet sich gegenüber dem Vermieter selbst als Mieterin, spricht dies für eine Mieterstellung und dafür, dass sich die Parteien bei Vertragsschluss in dieser Hinsicht tatsächlich richtig verstanden haben.[311]

309 Vgl. Urteil des BGer 4A_41/2009 vom 1. April 2009 E. 3. Gemäss Nachtrag zum Mietvertrag ein Dritter als «Solidarpartner» in «den Mietvertrag aufgenommen», «über [den] auch die Mietzinskaution [...] abgewickelt werden kann». Für eine Parteistellung sprach im Übrigen der Umstand, dass die Person nach dem Wortlaut in den Mietvertrag aufgenommen wurde, um über sie auch die Kaution abwickeln zu können. Vgl. auch Püntener, Mietrecht für die Praxis, S. 19.

310 Vgl. Urteil des BGer 4C.24/2007 vom 26. April 2007 E. 5, wonach der Ausdruck «codébiteures solidaires» für die Stellung als Solidarschuldner i.S.v. Art. 143 OR spreche.

311 Urteile des Bundesgerichts 4C.326/2002 (Berufung) und 4P.216/2002 (staatsrechtliche Beschwerde) vom 7. Februar 2003 E. 2.2.

Für ein unabhängiges Sicherungsgeschäft spricht demgegenüber, wenn der Mietvertrag von einer Person als «Mieterin» unterzeichnet wird, obwohl diese – erkennbar für den Vermieter – nicht beabsichtigt, das Mietobjekt zu benützen und dieses – im Sinne eines nachvertraglichen Verhaltens – auch nicht benützt.[312] Fehlt es an dieser Absicht und wird dies durch das nachvertragliche Verhalten bestätigt, spricht dies für eine Rolle als blosser Sicherungsgeber. Dies hat gegebenenfalls zur Folge, dass die eingegangene Verpflichtung mangels Beachtung der für die Bürgschaft geltenden Formvorschriften ungültig ist.[313]

Nach WESSNER ist demgegenüber die Frage, ob die Person beabsichtigt, das Mietobjekt zu benützen, dann nicht entscheidend, wenn keine Gebrauchspflicht besteht. Der Mietzins sei auch geschuldet, wenn das Mietobjekt von der entsprechenden Person nicht genutzt werde. Auch ohne die Absicht, das Mietobjekt zu gebrauchen, sei die betreffende Person als Mitmieter anzusehen. Wenn ein Mieter dem anderen Mieter verspricht, die Miete zu bezahlen, so handle es sich lediglich um eine Vereinbarung im Innenverhältnis, die dem Vermieter nicht entgegengehalten werden könne.[314]

312 BLUMER, N 309; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 27; MICHELI, S. 6 und SCHMID HANS, S. 349 f.; ähnlich FUTTERLIEB, immobilia, S. 28; so wohl auch JACQUEMOUD ROSSARI, S. 101, welche diese Lehrmeinung lediglich zitiert und anschliessend die Abgrenzung zwischen den möglichen Sicherheitsgeschäften vornimmt; gemäss LACHAT, Bail à loyer, S. 95 ist von einer Mitmieterschaft auszugehen, wenn der Vermieter nicht wusste, dass einer der unterzeichnenden Mieter die Mietsache nicht benützen würde; vgl. auch Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 3.2. Das Gericht erachtete es als relevant an, ob die Vermieterin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wusste, dass die fragliche Person die Mieträumlichkeiten nicht benützen würde (objektivierte Auslegung) oder dass die Mieträumlichkeiten ausschliesslich vom anderen Mieter bewohnt würden; ebenfalls so Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Freiburg vom 13. Juni 2000, in: CdB 2001, S. 37 ff.; Anders zu verstehen wohl die Urteile des BGer 4A_484/2019 vom 29. April 2020 E. 4.2.3; 4A_703/2012 vom 22. April 2013 E. 3.7, wonach es für den Abschluss eines Mietvertrags nicht wesentlich sei, ob dieses von den Mietern genutzt werde.

313 BLUMER, N 309 mit Verweis auf BGE 129 III 702 E. 2; Vgl. auch BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Art. 253 OR N 27; im Ergebnis auch WEBER ROGER, BSK OR, Vor Art. 253-273c N 2b, der ebenfalls von einem Sicherungsgeschäft ausgeht, jedoch präzisiert, dass je nach Interessenlage auch eine (gültige) kumulative Schuldübernahme vorliegen kann; a.M. LACHAT, Bail à loyer, S. 95, und RICHARD, Rn 2.6-2.9, die an die Annahme eines gemeinsamen Mietverhältnisses sehr geringe Anforderungen stellen. Nach diesen Autoren genügt hierfür im Ergebnis bereits die Mitunterzeichnung des Mietvertrags im Interesse desjenigen, welcher die Mietsache gebraucht (Ermöglichung der Miete): LACHAT, Bail à loyer, S. 95: «Le fait que le tiers ait agi dans l'intérêt de l'occupant des lieux, afin qu'il se voie attribuer le bail, devrait, à nos yeux, suffire en règle générale à faire admettre l'hypothèse d'une véritable colocation.»

314 WESSNER, DB 2000, S. 24 f. Bei Wohnräumen besteht eine Gebrauchspflicht grundsätzlich nur, wenn eine solche ausdrücklich vereinbart worden ist. Bei Geschäftsräumen kann die Gebrauchspflicht auch stillschweigend vereinbart werden: vgl. REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257f OR N 16-19.; so zu verstehen auch des BGer 4A_703/2012

Relevant ist weiter die **Interessenlage der Parteien.** Zu prüfen ist im Rahmen der Auslegung, ob der betreffenden Person eine Mieterstellung verschafft werden sollte. Bejaht wurde dies vom Bundesgericht für den Fall, da über die als «Solidarpartner» bezeichnete Person eine Mietzinskaution abgewickelt werden sollte.[315] Dies bejahte das Bundesgericht auch im Fall, da eine Ehefrau den Geschäftsmietvertrag gemeinsam mit ihrem Ehemann als «Mieterin» unterschrieb. Gemäss den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz war den Parteien klar, dass ihr Beitritt in den Vertrag primär eine Hilfe für ihren Ehemann bzw. eine finanzielle Sicherheit darstellte. Die Ehefrau wollte damit sicherstellen, dass der in Schwierigkeiten steckende Ehemann seine Mietlokalität weiter nutzen konnte. Als Mietpartei konnte sie die Gewissheit haben, dass der Vertrag nicht allein ihrem Ehemann gegenüber gekündigt werden konnte.[316] Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Umstand, dass die Ehefrau den Ehemann in finanzieller Hinsicht unterstützen wollte, auch für ein unabhängiges Sicherungsgeschäft sprechen, zumal es sich um das Geschäftslokal des Ehemannes handelte, welcher darin als Rechtsanwalt tätig war, und die Ehefrau – soweit aus dem Sachverhalt ersichtlich – nicht an der Geschäftstätigkeit des Ehegatten partizipierte.

c Sicherungsgeschäft trotz anderslautendem Wortlaut

Wie erwähnt kommt dem Wortlaut dann primäre Bedeutung zu, wenn nicht Umstände vorliegen, die einen sicheren anderen Schluss erlauben.[317] Gelingt jedoch der Nachweis eines anderen Sinns (z.B. durch vorvertragliche E-Mail-Korrespondenz oder Beleg anderer Umstände[318]), ist trotz klarem Wortlaut auf ein Sicherungsgeschäft zu erkennen.

Nach der hier vertretenen Auffassung und unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Erwägungen liegt trotz des anderslautenden Wortlauts ein Sicherungsgeschäft in der Regel etwa dann vor, wenn in positiver Hinsicht kumulativ folgende Umstände erstellt sind:

---

vom 22. April 2013 E. 3.7, wo das Gericht es als nicht relevant erachtete, ob die als «Mieterin» unterzeichnende Person beabsichtigte, das Mietobjekt zu benützen.

315 Urteil des BGer 4A_41/2009 vom 1. April 2009 E. 3.3. Die Mieterin war nicht in der Lage (gewesen), die mietvertraglich verlangte Garantie beizubringen, weshalb der «Solidarpartner» nachträglich von den Parteien in den Vertrag aufgenommen wurde.

316 Urteil des BGer 4A_703/2012 vom 22. April 2013 E. 3.5.

317 Urteil des BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.4.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1220; WIEGAND/HURNI, Kurzkommentar, Art. 18 OR N 17.

318 Ein Argument könnte beispielsweise auch die Grösse der Wohnung sein. Mietet die studierende Tochter etwa eine 1-Zimmer-Wohnung und unterzeichnet auch der Vater, so dürfte beiden Parteien bei Vertragsschluss nach Treu und Glauben klar gewesen sein, dass die Wohnung nur von einer einzigen Person bewohnt werden wird.

1. Die fragliche Person ist einzig oder zumindest überwiegend aus Bonitätsgründen in den Mietvertrag aufgenommen worden (Interessenlage der Parteien).
2. Den Parteien war bei Vertragsabschluss bewusst oder hätte bewusst sein müssen, dass die fragliche Person die Mieträumlichkeiten nicht benützen würde (Begleitumstand bei Vertragsschluss).
3. Bei der subjektiven Auslegung ebenfalls zu fordern ist, dass die beweisbelastete Person nachweist, dass sie das Mietobjekt in der Folge auch nicht benützt hat (Verhalten nach Vertragsschluss).
4. Da die Umstände einen sicheren Schluss erlauben müssen, ist in negativer Hinsicht weiter vorausgesetzt, dass keine Umstände vorliegen, die die Mieterstellung bestätigen (z.B. gemeinsame Wahrnehmung von Rechten).[319] Liefern die erstellten Umstände kein eindeutiges Resultat, fehlt es am «sicheren Schluss» auf eine Auslegung, die nicht dem Wortlaut entspricht.[320] An den Nachweis sind folglich hohe Anforderungen zu stellen. In der Praxis dürfte dieser Nachweis nur selten gelingen.[321] Sind die positiven und negativen Voraussetzungen erfüllt, ist der tatsächliche oder normative Wille der betreffenden Parteien – insbesondere des Vermieters – nicht auf eine mietvertragliche Beziehung gerichtet, sondern auf ein Sicherungsgeschäft.[322]

d *Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme?*

Liegt ausnahmsweise ein unabhängiges Sicherungsgeschäft bzw. ein Sicherungsvertrag vor, ist ebenfalls mittels Auslegung zu beurteilen, welches

319 Vgl. die besprochenen Urteile des Bundesgerichts 4C.326/2002 (Berufung) und 4P.216/2002 (staatsrechtliche Beschwerde) vom 7. Februar 2003. M.E. reicht es nicht, wenn die betreffende Person sich rein passiv verhält (z.B. Annahme von Schreiben der Vermieterschaft). Zu fordern ist, dass die betreffende Person aktiv wie ein Mieter verhält und etwa die Miete bezahlt oder gemeinsame Rechte wahrnimmt.

320 So hätte das Bundesgericht im Urteil 4A_703/2012 vom 22. April 2013 auch zum Schluss kommen können, dass ein «sicherer» anderer Schluss aufgrund der Umstände nicht nachgewiesen war. Denn neben dem Wortlaut war etwa auch der Umstand erstellt, dass die Ehefrau beabsichtigte, mit der Mieterstellung eine gewisse Einflussmöglichkeit zu erreichen und den Ehemann etwa davor zu schützen, dass die Vermieterin ihm gegenüber alleine kündige. Dieser Umstand bestätigt den Wortlaut und lässt eine entsprechende Auslegung, trotz Vorliegens von Umständen, welche für ein Sicherungsgeschäft sprechen (vgl. Fn. 23 oben), als begründet erscheinen.

321 Insbesondere lassen die zuletzt veröffentlichten Urteile 4A_484/2019 vom 29. April 2020 und 4A_703/2012 vom 22. April 2013 im Gegensatz zu den früheren Entscheiden wenig Raum für ein behauptetes Sicherungsgeschäft, wenn die betreffende Person den Mietvertrag als Mieter unterzeichnet hat.

322 Im Ergebnis ähnlich LACHAT, Bail à loyer, S. 95 und S. 430, der ein Sicherungsgeschäft bei einer Unterzeichnung als «Mieter» nur sehr zurückhaltend annimmt, namentlich wenn der Vermieter weiss, dass der unterzeichnende Dritte lediglich als Sicherungsgeber fungiert.

Geschäft vereinbart wurde und welche Verpflichtungen sichergestellt werden sollten. Grundsätzlich können die Parteien nach freiem Willen bestimmen, welche Form von Sicherungsgeschäft sie wählen.[323] Wo der Vermieter bzw. der Liegenschaftsverwalter eine Person als «Mieter» oder «Solidarpartner» in den Vertrag aufgenommen und diesen entsprechend redigiert hat, fehlt es grundsätzlich an einer Klarstellung der Parteien hierüber. Als Sicherheiten in Betracht kommen in diesen Fällen entweder eine Bürgschaft oder eine kumulative Schuldübernahme.[324]

Fehlt es an einer Feststellung darüber, ob die Parteien tatsächlich eine Bürgschaft oder eine kumulative Schuldübernahme vereinbaren wollten, ist das Vertrauensprinzip massgebend.[325] Da die betreffende Person im Vertragstext als Mieter, Solidarpartner oder ähnliches bezeichnet wird, geht aus dem Text in der Regel nicht eindeutig hervor, welche Sicherheit vereinbart wurde. Diesfalls greifen verschiedene Vermutungen Platz:[326]

Gemäss Bundesgericht unterscheidet sich die akzessorische Bürgschaft von der kumulativen Schuldübernahme als selbständige Verpflichtung indiziell darin, dass der Verpflichtende bei der Schuldübernahme, nicht aber bei der Bürgschaft regelmässig ein erkennbares eigenes Interesse am Geschäft hat, das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossen wurde, und nicht bloss ein Sicherungsinteresse an der Erfüllung der Urschuld. Darin, dass bei der **Bürgschaft** ein solches Eigeninteresse fehlt und es sich um ein **uneigennütziges Geschäft** handelt, das typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden eingegangen wird, liegt denn auch der Grund, dass sie besonderen Formvorschriften unterstellt

323 BGE 129 III 702 E. 2.3, bei nicht geschäftsgewandten Parteien sind die Anforderungen an die Willenskundgabe streng (E. 2.4.3): Wollen die Parteien eine kumulative Schuldübernahme oder eine Garantie anstelle einer Bürgschaft wählen, «ist für die Kundgebung ihres klaren diesbezüglichen Willens mehr erforderlich als die blosse Verwendung präziser juristischer Fachausdrücke wie ‚Garantie' oder ‚solidarische Mitverpflichtung', allenfalls gekoppelt mit Zitaten der entsprechenden Gesetzesbestimmungen, damit es bei einer grammatikalischen Auslegung des Vertrags sein Bewenden haben kann [...] In solchen Fällen ist daher zum Schutze der sich verpflichtenden Partei erforderlich, dass im Vertrag selber für die nicht geschäftsgewandte Partei klar verständlich und in individueller, d.h. nicht formularmässiger Weise, dargelegt wird, dass sich der Interzedent der Tragweite der eingegangenen Verpflichtung bewusst ist und aus welchen Gründen auf die Wahl der Rechtsform einer Bürgschaft verzichtet wird.»

324 Eine Garantie fällt in solchen Fällen grundsätzlich ausser Betracht, da etwa die finanzielle Verpflichtung des als «Mieter» in den Vertrag eingebundenen Dritten mit jener des mietenden Hauptschuldners übereinstimmt (Akzessorietät). Zur Feststellung der sichergestellten Leistung muss in diesen Fällen vollumfänglich auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden, was gegen eine selbstständige Garantieerklärung spricht, vgl. BGE 113 II 434 E. 3c; 125 III 305 E. 2b.

325 BGE 129 III 702 E. 2.4.

326 Vgl. BGE 129 III 702 E. 2.5 f.

wurde.[327] Damit auf kumulative Schuldübernahme geschlossen werden kann, ist mithin erforderlich, dass der Übernehmer ein unmittelbares und materielles Interesse hat, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu machen, indem er – für die Gegenpartei erkennbar – direkt von der Gegenleistung des Vertragspartners profitiert, wie bei der Miete einer gemeinsam genutzten Wohnung, dem Leasing eines vom Mitübernehmer mitbenützten Fahrzeuges zu privaten Zwecken oder bei der gemeinsamen Geldaufnahme durch Ehegatten für gemeinsame Bedürfnisse.[328]

Übernimmt etwa ein Vater die solidarische Haftung für seine Tochter oder ist ein Arbeitgeber bereit, solidarisch für den Mietzins der Arbeitnehmerin zu haften, und wird das Mietobjekt vom solidarisch Haftenden nicht genutzt, so fehlt es gerade an einem relevanten Eigeninteresse am Abschluss des Mietvertrags.[329] Fehlt es an der gemeinsamen Nutzung des Mietobjekts und am entsprechenden Eigeninteresse des Solidarhaftenden, ist vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer Bürgschaft auszugehen. Ebenfalls mittels Auslegung ist alsdann zu ermitteln, für welche Leistungen der Sicherungsgeber einstehen muss. Zu berücksichtigen ist hierbei vor allem die Interessenlage beim Abschluss des Mietvertrags. In der Regel geht es den Parteien darum, die Zahlungsfähigkeit mit Bezug auf die finanziellen Verpflichtungen sicherzustellen, die im Mietvertrag vereinbart wurden (d.h. in erster Linie Mietzinse und Nebenkosten). Für finanzielle Leistungen, die im Mietvertrag nicht bestimmt werden (z.B. Schadenersatz für Mängel bei der Rückgabe der Sache oder für eine widerrechtliche Besetzung des Mietobjekts), fehlt es nach objektiver Auslegung und mangels anderslautenden Wortlauts in der Regel am erforderlichen Konsens.

4.4. Empfehlung für die Vertragsredaktion

Soll eine Person aus Bonitätsgründen als Solidarschuldnerin in den Mietvertrag aufgenommen werden, ohne Mietvertragspartei zu werden (z.B. der Vater eines Studenten), aber auch ohne in die Formfalle der Bürgschaft zu treten, empfiehlt es sich, im Mietvertrag eindeutig zu regeln, dass die betreffende Person neben dem Mieter lediglich als Solidarschuldnerin i.S.v. Art. 143 ff. OR beitritt (kumulative Schuldübernahme).

Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung dürfen die Parteien nach ihrem freien Willen entscheiden, ob ein Sicherungsziel mit Bürgschaft, Garantie oder kumulativer Schuldübernahme erreicht werden soll. Die Wahl

327 Vgl. Urteil des BGer 4A_316/2007 vom 21. November 2007 E. 5.4.

328 BGE 129 III 702 E. 2.6.

329 A.M. SOMMER, MRA 2003, S. 96.

der Sicherheit liegt somit im Rahmen des **privatautonomen Gestaltungsspielraums.**[330] Bei **geschäftsunerfahrenen Parteien** – wie sie im Mietrecht häufig vorkommen – sind folgende Grundsätze zu befolgen:

— Das Bundesgericht fordert bei geschäftsunerfahrenen Parteien mit Bezug auf die Regelung im Vertrag, dass «im Vertrag selber für die nicht geschäftsgewandte Partei klar verständlich und in individueller, d.h. **nicht formularmässiger Weise,** dargelegt wird, dass sich der Interzedent der Tragweite der eingegangenen Verpflichtung bewusst ist und aus welchen Gründen auf die Wahl der Rechtsform einer Bürgschaft verzichtet wird.»[331] Die blosse Verwendung von juristischen Fachausdrücken (z.B. Garantie, solidarische Mitverpflichtung) reicht für eine grammatikalische Auslegung in der Regel nicht, selbst wenn die Angabe der Begriffe mit dem jeweiligen Gesetzestext gekoppelt ist.

— Mit anderen Worten muss die mitverpflichtende Person **aus dem Vertragstext die rechtliche Bedeutung und die praktische Tragweite der juristischen Bezeichnungen verstanden** haben. Wollen die Parteien den Dritten lediglich als Solidarschuldner in den Vertrag aufnehmen, muss aus dem Mietvertrag ebenso klar und für eine geschäftsunerfahrene Person verständliche Weise hervorgehen, inwiefern sich diese Sicherheit von der verwandten (akzessorischen) Bürgschaft unterscheidet und warum diese gewählt wurde. Nur in diesem Fall kann davon gesprochen werden, dass die Parteien – und insbesondere der Sicherheitsgeber – sich frei dazu entschlossen haben, diese Form der Sicherheit zur Verfügung zu stellen.[332]

In der Praxis wird dies zunächst dadurch umgesetzt, dass der Dritte im Vertragskopf nicht als «Mieter» oder «Solidarpartner», sondern lediglich als «Solidarschuldner» bezeichnet wird. Anschliessend ist im Mietvertragstext selbst ausreichend klar zu präzisieren, in welcher Rolle sich dieser Solidarschuldner gegenüber dem Vermieter verpflichtet. Dies kann bei einer geschäftsunerfahrenen natürlichen Person nach der hier vertretenen Auffassung durch die folgende Formulierung erreicht werden, die in die besonderen Bestimmungen des Mietvertrags aufzunehmen wäre:

«X. verpflichtet sich, persönlich und solidarisch i.S.v. Art. 143 ff. OR neben dem Mieter im Falle der Nichteinhaltung der mietvertraglichen Verpflichtungen, insbesondere aller Zahlungsverpflichtungen (Mietzins/Nebenkosten), zu

330 BGE 129 III 702 E. 2.3 m.V. auf Urteil des BGer 4C.436/1997 vom 9. Juli 1998 E. 2 und einschlägige Lehrmeinungen.

331 BGE 129 III 702 E. 2.4.3; Urteile des BGer 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013 E. 8.4.2 und 5A_944/2016 vom 31. August 2017 E. 2.3.

332 Vgl. BGE 129 III 702 E. 2.5.

haften (kumulative Schuldübernahme). Die Parteien wählen diese Form der Sicherheit, um Notariatskosten zu vermeiden.[333] X bestätigt, vom Vermieter über die Unterschiede zur Bürgschaft (Art. 492 OR) aufgeklärt worden zu sein, und ist sich insbesondere bewusst, dass seine vorliegende Erklärung im Unterschied zur öffentlich zu beurkundenden Bürgschaft grundsätzlich formlos gültig ist (Art. 493 OR), d.h. die Unterzeichnung der vorliegenden Vertragsurkunde zur gültigen Begründung der solidarischen Verpflichtung bereits ausreicht, und er für ausbleibende Zahlungsverpflichtungen des Mieters im Unterschied zur ordentlichen Bürgschaft oder Solidarbürgschaft (Art. 496 OR) ohne Weiteres belangt werden kann.»

5. Mietvertrag mit einer stillen Gesellschaft

Abzugrenzen ist der gemeinsame Mietvertrag weiter vom Mietvertrag mit einer stillen Gesellschaft.[334] Die stille Gesellschaft ist eine grundsätzlich nach den Regeln der einfachen Gesellschaft zu beurteilende gesellschaftliche Verbindung, bei der sich jemand – der stille Gesellschafter – an der geschäftlichen Tätigkeit eines anderen – des Hauptgesellschafters – mit einer in dessen Vermögen übergehenden Einlage gegen Anteil am Gewinn beteiligt. Die stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft, bei der **nach aussen nur der Hauptgesellschafter auftritt.** Er allein wird aus der Geschäftstätigkeit berechtigt und verpflichtet.[335] Bei einer stillen Gesellschaft verpflichtet sich nur der Hauptgesellschafter. Dieser handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Er ist nicht Vertreter der Gesellschaft.[336] Mietvertragspartei wird somit nur der Hauptgesellschafter, weshalb auf Mieterseite kein gemeinsames Vertragsverhältnis entsteht.[337]

Es ist denkbar, dass der stille Gesellschafter vom Hauptgesellschafter im Aussenverhältnis eine Vollmacht erhält (Prokura, Handlungsvollmacht oder Spezialvollmacht), um in dessen Namen zu handeln. Handelt der stille Gesellschafter lediglich als Vertreter des Hauptgesellschafters, wird er nicht Vertragspartei, und es entsteht auch in dieser Konstellation kein gemeinsamer Vertrag. Anders ist jedoch der Fall zu beurteilen, da der stille Gesellschafter gegenüber in eigenem Namen als Gesellschafter auftritt. Tritt der stille Gesellschafter

333 Weitere Gründe für die Wahl dieser Sicherheit stellen gemäss Bundesgericht auch die Dringlichkeit des Vertragsabschlusses dar, Beurkundungsprobleme bei Vertragstexten in ausländischer Sprache oder Schwierigkeiten bei der vertraglichen Bestimmung des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages (BGE 129 III 702 E. 2.3).

334 Vgl. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 7.

335 HANDSCHIN, BSK OR, Art. 530 OR N 15.

336 FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 320.

337 Vgl. SCHMID JÖRG, S. 32 f. m.w.H.

für die Gesellschaft auf, wird diese zur (gewöhnlichen) einfachen Gesellschaft. Verpflichtet er die einfache Gesellschaft rechtsgültig, haftet er dem Dritten wie ein normaler Gesellschafter.[338]

6. Gesetzliche Einflussrechte von Dritten

Ebenfalls abzugrenzen ist die gemeinsame Miete von Fällen, in denen zwar eine einfache Miete vorliegt, also nur eine Person Mieter ist, Dritte aber von Gesetzes wegen Einflussrechte ausüben können.[339] Die gesetzlichen Einflussrechte dienen entweder dem Schutz des Dritten oder des Vertragsschliessenden selbst. Diese Einflussrechte vermitteln keine Parteistellung.

Betreffend den Abschluss des Rechtsgeschäfts ergeben sich nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches **Zustimmungserfordernisse** für den Abschluss von Mietverträgen von urteilsfähigen handlungsunfähigen Personen (vgl. Art. 19 ff. ZGB)[340] oder Personen, deren Handlungsfähigkeit durch eine Massnahme des Erwachsenenschutzes in einem Masse eingeschränkt ist, dass der Abschluss eines Mietvertrags die Mitwirkung des Beistands bedarf oder von diesem in Vertretung abgeschlossen werden kann (vgl. Art. 19d ZGB i.V.m. Art. 393 ff. ZGB).

Ansonsten fallen besonders die Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung in diese Kategorie (Art. 169 ZGB; Art. 266m OR; Art. 266n OR und Art. 273a OR). Diese Vorschriften sind vor allem in Fällen relevant, da nur ein Ehegatte Vertragspartei ist. Sind beide Eheleute gemeinsame Mieter, ist zu klären, ob und gegebenenfalls inwiefern diese Schutzbestimmungen anwendbar sind.[341]

7. Mehrere selbständige Mietverträge

Beim gemeinsamen Mietvertrag handelt es sich um ein einheitliches Rechtsverhältnis. Zwischen den Parteien besteht m.a.W. nur ein einziger Mietvertrag. Davon abzugrenzen ist die Situation, in denen der Vermieter mit mehreren Mietern je einzeln Mietverträge abschliesst.[342]

338 FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 345 m.w.H.

339 Vgl. im Allgemeinen: WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 13.

340 Beim Abschluss von Wohnungsmietverträgen handelt es sich um kein geringfügiges Alltagsgeschäft gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB: HOTZ, Kurzkommentar, Art. 19 ZGB N 8; BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB, Art. 19 ZGB N 32a–d; FANKHAUSER/SCHÜRMANN, N 9 ff.).

341 Vgl. etwa BGE 145 III 218 ff., wonach Art. 273a OR bei der gemeinsamen Miete der Wohnung der Familie durch die Ehepartner nicht analog anwendbar ist. Siehe dazu hinten, S. 214 f.

342 Vgl. SCHMID JÖRG, S. 32. Vgl. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 12.

Ob ein gemeinsamer Mietvertrag oder mehrere selbständige Mietverträge abgeschlossen wurden, ist durch Auslegung zu ermitteln.[343] Die Abgrenzung ist danach vorzunehmen, ob im Mietvertrag mit **mehreren Personen mehrere (unabhängige) Mietverhältnisse** begründet werden. In der Regel stellt sich diese Frage nur, wenn die selbständigen Mietverträge in einem einzigen Vertragsdokument vereinbart wurden.[344] Selbständige Mietverhältnisse mit mehreren Personen, die in einem Vertragsdokument geregelt werden, sind in der Praxis kaum anzutreffen.

HASENBÖHLER führt das Beispiel an, in dem sich ein Eigentümer eines Parks in einem Vertragsdokument gegenüber mehreren Personen verpflichtet, ihnen während bestimmter Zeiten entgeltlichen Zutritt zu seinem Park zu gewähren, und diese berechtigt, den Park zu nutzen. In diesem Fall kann der Gesamtvertrag in selbständige Vertragsverhältnisse zergliedert werden, denn jeder Vertragspartner hat für sich und unabhängig der anderen einen vertraglichen Leistungsanspruch.[345] Es handelt sich um die Miete derselben Sache zum gleichzeitigen Gebrauch durch mehrere selbständige Mieter.[346]

In der Praxis bedeutender – und vorliegend nicht näher zu betrachten – ist der Fall, da in einem Vertragsdokument eine Nebensache mitvermietet wird und somit **mehrere Mietobjekte** bestehen (z.B. Wohnung und Parkplatz oder Garage).[347] Gegenstand des Mietvertrags kann neben der ganzen Sache (beweglich oder unbeweglich) auch nur ein Teil einer solchen sein (z.B. ein Zimmer einer Wohnung). Gegebenenfalls vermietet der Vermieter mehrere Zimmer an verschiedene Personen. Diesfalls bilden diese Personen zwar eine Wohngemeinschaft, sind jedoch durch selbständige (einfache) Mietverträge gebunden, die in der Regel vorsehen, dass die gemeinschaftlichen Räume (z.B. Küche, Bad und Wohnzimmer) mitbenützt werden.[348] Diese Konstellation kommt in der Praxis auch in Form der mehrfachen Untermiete einer Wohnung oder von Geschäftsräumen vor.

343 DILLIER, S. 243; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 11.

344 Die Verwendung separater Urkunden spricht in der Regel für getrennte Rechtsgeschäfte, vgl. die deutsche Rechtsprechung: Urteil des Bundesgerichtshofs VII ZR 12/80 vom 6. November 1980 E. 2a; in: NJW 1981, S. 274 ff.

345 HASENBÖHLER, Mitwirkung, S. 38 f.

346 Vgl. auch BEHRENS, S. 35 ff., 39 und 41.

347 Vgl. dazu statt vieler: ROHRER, SVIT-Kommentar, Art. 253a OR N 15 ff.

348 Vgl. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 13; vgl. zur Definition des Wohnraums: ROHRER, SVIT-Kommentar, Art. 253a OR N 6; GIGER HANS, BK, Art. 253a OR N 24; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 253a OR N 2.

Nachdem im vorstehenden Teil hauptsächlich das Vertragsverhältnis mehrerer Mieter zum Vermieter beleuchtet wurde (Aussenverhältnis), wird im nächsten Teil das Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern erörtert. Bei der Analyse der möglichen Konstellationen wird danach unterschieden, ob dieses mit dem Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags begründet wird, oder das betreffende Innenverhältnis bei Vertragsschluss vorbesteht.

3. Teil: Das Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern

1. Kapitel: Die Begründung des Innenverhältnisses

Geht der Vermieter X mit den Mietern A und B ein Mietverhältnis ein, entsteht im Aussenverhältnis ein gemeinsamer Mietvertrag. Mehrere Mieter bilden im Innenverhältnis eine Rechtsgemeinschaft. Nachfolgend wird zunächst erläutert, welche Rechtsgemeinschaften das Schweizer Recht kennt, um in einem nächsten Schritt zu prüfen, welche Art mehrere Mieter im Zusammenhang mit dem Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags begründen.

I. Die Mietermehrheit als Träger derselben Rechte und Pflichten

1. Die Mieter als Rechtsgemeinschaft

Kommt ein gemeinsamer Mietvertrag gültig zustande, treten die Rechtswirkungen des Vertrags bei sämtlichen Vertragsparteien ein. Trotz Parteienmehrheit liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft vor. Mangels abweichender Vereinbarung sind mehrere Mieter Träger derselben Rechte und Pflichten. Sind mehrere Personen ungeteilt Träger derselben Rechte und Pflichten, so bilden sie eine sog. Rechtsgemeinschaft.[349] Zwar enthält das geltende Recht keine Legaldefinition,[350] der Sache nach kennt das Gesetz allerdings diese Erscheinung.[351] Charakteristisch für die Rechtsgemeinschaft ist, dass immer **die der Gemeinschaft zugehörigen Personen selbst berechtigt und verpflichtet werden** und nicht die Rechtsgemeinschaft, da es ihr an Rechtspersönlichkeit fehlt.[352]

349 In Anlehnung an die Terminologie von MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 78 ff.; vgl. auch STRITTMATTER, S. 5; WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 4.

350 Der Begriff wird in der bevorstehenden Aktienrechtsrevision sowohl in Art. 620 OR als auch in Art. 772 Abs. 1 OR ausdrücklich verwendet; vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 80.

351 STRITTMATTER, S. 5.

352 HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB, Vor Art. 52-59 ZGB N 2; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 83; MEIER-HAYOZ, BK, Vor Art. 641-654 ZGB N 5 und N 9.

Dabei handelt es sich um das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zur körperschaftlichen Verbindung mehrerer Personen als juristische Person.[353]

Am häufigsten tritt die Rechtsgemeinschaft als Gemeinschaft bezüglich des Eigentums an einer Sache auf (d.h. gemeinschaftliches Eigentum). Das ist etwa der Fall, wenn Ehegatten gemeinsam eine Liegenschaft zu Miteigentum erwerben und halten. Gemeinschaftlich zustehen können mehreren Personen jedoch auch alle übrigen Vermögensrechte, wie beispielsweise Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Immaterialgüterrechte, Forderungen oder Schulden.[354]

2. Die Rechtsgemeinschaften des schweizerischen Privatrechts

Wie erwähnt enthält das schweizerische Privatrecht zwar keine Legaldefinition des Begriffs der Rechtsgemeinschaft, kennt diese Erscheinung aber. Folgende Rechtsgemeinschaften sind gesetzlich geregelt:[355]

- Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB);
- Gemeinderschaft (Art. 336 ff. ZGB);
- Erbengemeinschaft (Art. 602 ff. ZGB);
- Miteigentümergemeinschaft (Art. 646 ff. ZGB);
- Stockwerkeigentümergemeinschaft (Art. 712a ff. ZGB) und
- Personengesellschaften des OR, d.h. die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) sowie die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft (Art. 552 ff. bzw. Art. 594 ff. OR).

Neben diesen Rechtsgemeinschaften finden sich im Gesetz weitere Gebilde, die mehrere Personen zu einer Gemeinschaft zusammenfassen. So etwa die Gemeinschaft der Inhaber von Genussscheinen nach Art. 657 Abs. 4 OR. Zur weiteren Abgrenzung zu diesen Erscheinungsformen sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.[356]

Von praktischer Bedeutung für die nachfolgende Beurteilung des Innenverhältnisses zwischen mehreren Mietern sind im Wesentlichen die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) und die Erbengemeinschaft (Art. 602 ff. ZGB).[357]

Beim Abschluss eines Mietvertrags mit einer Stockwerkeigentümergemeinschaft oder einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft entsteht im Rahmen der beschränkten Handlungsfähigkeit dieser Gebilde ein einfacher Mietvertrag, weshalb diese Rechtsgemeinschaften nachfolgend nicht näher

---

353 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 82.

354 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 78.

355 Vgl. die Aufzählung in: STRITTMATTER, S. 5.

356 Vgl. insbesondere: STRITTMATTER, S. 11.

357 Vgl. auch JACQUEMOUD ROSSARI, S. 98, die auf Vermieterseite zusätzlich die Miteigentümergemeinschaft erwähnt (Art. 646 ff. ZGB).

beleuchtet werden.[358] Auch die Miteigentümergemeinschaft wird nachfolgend ausgeblendet, da diese nur aufseiten der Vermieterschaft relevant ist.

Keine Rechtsgemeinschaft im besprochenen Sinn bilden Ehegatten im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung oder eingetragene Partner. Zwar gehen Ehegatten und eingetragene Partner rechtlich den Bund der Ehe ein bzw. lassen sich als Partner registrieren, grundsätzlich ändert dieser Bund jedoch nichts an der bestehenden Trägerschaft von Rechten und Pflichten.[359]

3. Die Unterscheidung der Rechtsgemeinschaften anhand der Interessenlage und Motivation für den Zusammenschluss

Die Rechtsgemeinschaften lassen sich zunächst nach Interessenlage bzw. Motivation für den Zusammenschluss unterscheiden.[360]

1. Das Interesse der Gesellschafter bei der einfachen Gesellschaft ist auf die **Förderung eines gemeinsamen Zwecks** mit gemeinsamen Kräften und Mitteln gerichtet (Art. 530 Abs. 1 OR).

   Als Gesellschaft dient die einfache Gesellschaft im Wesentlichen als Organisationsform für Situationen, in denen sich mehrere Personen dafür interessieren, mit gemeinsamen Mitteln ein gemeinsames Ziel zu erreichen (z.B. gemeinsamer Betrieb einer Zahnarztpraxis).[361]
2. Demgegenüber bezwecken die anderen, nicht gesellschaftsrechtlichen Rechtsgemeinschaften des Familien-, Erb- und Sachenrechts die Erhaltung eines Status quo, also im Wesentlichen ein **blosses Haben, Nutzen und Verwalten von Vermögenswerten.**[362] Beispielsweise regeln die Bestimmungen über das Miteigentum in Art. 646 ff. ZGB die Nutzung und Verwaltung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Sache. In diese Kategorie fallen auch der vertragliche Güterstand der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) und die Gemeinderschaft (Art. 336 ff. ZGB).[363] Bei der Gütergemeinschaft geht es im Wesentlichen um die güterrechtliche Ordnung von Vermögenswerten in Gesamt- und Eigengut (vgl. Art. 221 ZGB). Bei der Gemeinderschaft handelt es sich um eine mittels Vertrags gebundene

358 Siehe dazu vorne, S. 8.

359 Vgl. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Vor Art. 159 ff. ZGB N 25 und Art. 166 ZGB N 10, wonach der ehelichen Gemeinschaft keine eigenständige Rechtsstellung zukommt, auch nicht in vermögensrechtlicher Hinsicht.

360 SCHÜTZ, Personengesellschaftsrecht, N 22 zu Art. 530 OR.

361 Vgl. Urteil des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1.

362 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 19; VON STEIGER, S. 330 f.; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 35; vgl. auch HANDSCHIN, BSK OR, Art. 530 OR N 12, der die Abgrenzung anhand des gemeinsamen Zwecks vornimmt.

363 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 19 und N 123 f.; vgl. auch FURRER, S. 65.

Gemeinschaft von familien- oder erbrechtlich verbundenen Personen zu einer Rechtsgemeinschaft, die den Zweck hat, Vermögenswerte dauernd zu halten, zu nutzen und zu verwalten.[364]

4. Die Unterscheidung der Rechtsgemeinschaften anhand der Entstehung

Die Rechtsgemeinschaften können weiter anhand der Entstehung unterschieden werden.

1. Damit eine einfache Gesellschaft entsteht, müssen sich die Beteiligten aus freiem Entschluss als Gemeinschaft organisieren. Der Zusammenschluss erfolgt **rechtsgeschäftlich.**[365]
2. Davon zu unterscheiden sind schlichte Interessengemeinschaften, die **von Gesetzes wegen** entstehen.[366]

   Mehrere Personen werden beispielsweise von Gesetzes wegen zu einer Mietermehrheit, wenn der Mieter eines einfachen Mietvertrags verstirbt und mehrere Erben hinterlässt, die von Gesetzes wegen als Gemeinschaft in den Mietvertrag eintreten.[367]

In Abgrenzung zur einfachen Gesellschaft ist nachfolgend zu beurteilen, ob eine Rechtsgemeinschaft im Innenverhältnis auch als sog. **schlichte Vertragsgemeinschaft**[368] bestehen kann, auf die nach WEBER die Regeln des Miteigentums i.S.v. Art. 646 ff. ZGB heranzuziehen seien.[369]

II. Gemeinsam Mietende als einfache Gesellschaft

Bei den nachfolgenden Ausführungen zur Begründung des Innenverhältnisses wird zunächst vom **Normalfall** ausgegangen, dass zwischen den Personen, die eine Mietermehrheit bilden, mit Bezug auf die gemeinsame Miete **keine relevante vorbestehende Rechtsbeziehung** vorliegt.

364 Vgl. LEHMANN, BSK ZGB, Art. 336 ZGB N 4 m.w.H.; vgl. auch FURRER, S. 65, der präzisiert, dass die Gemeinderschaft dann zu einer Gesellschaft werden, wenn sie die Vermögenswerte zur Erreichung eines gemeinsamen, weiterführenden Zwecks verwenden.

365 Vgl. zur Entstehung der einfachen Gesellschaft hinten, S. 73 ff.

366 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 20 ff. m.w.H. auf die gesetzliche Bruchteilsgemeinschaft bei Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB), die Gläubigergemeinschaft im Konkurs (Art. 235 ff. und 252 ff. SchKG), die Gemeinschaft der Gläubiger bei Anleihenobligationen (Art. 1157 ff. OR) und die Gemeinschaft der Inhaber von Genussscheinen (Art. 657 Abs. 4 OR).

367 Dazu hinten, S. 95 f.

368 Zur Begrifflichkeit WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 24.

369 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 21.

Zwei Studenten mieten beispielsweise gemeinsam eine Wohnung und gründen eine Wohngemeinschaft. Auch zu denken ist an den Fall, bei dem ein nicht verheiratetes Paar ein erstes Mal in einer gemeinsamen Wohnung zusammenzieht oder zwei Personen sich zusammentun, um gemeinsam Geschäftsräume zum Betrieb einer Zahnarztpraxis[370] oder eines Solariums[371] zu mieten.

1. Überblick über die Voraussetzungen und praktische Bedeutung

Die einfache Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR). Wesentlich sind drei positive Merkmale: (1) Zwei oder mehrere Personen verbinden sich vertraglich (Gesellschaftsvertrag), um einen (2) gemeinsamen Zweck (3) mit gemeinsamen Kräften und Mitteln zu erreichen.[372]

Objektiv wesentlich für die Entstehung der einfachen Gesellschaft ist mithin die Einigung der Parteien über den gemeinsamen Zweck und das Einverständnis, diesen mit gemeinsamen Kräften und Mitteln zu verwirklichen. Die Einigung darüber genügt grundsätzlich für das Zustandekommen einer einfachen Gesellschaft.[373]

Die Beurteilung des Zusammenschlusses einer Parteiengruppe als einfache Gesellschaft hat weitreichende praktische Konsequenzen. Von besonderer Bedeutung sind namentlich die Vertretungsmacht des oder der geschäftsführenden Gesellschafter(s) im Aussenverhältnis (vgl. Art. 535 Abs. 1 i.V.m. Art. 543 Abs. 2 OR), die solidarische Haftung der Gesellschafter von Gesetzes wegen (Art. 544 Abs. 3 OR) und die Bestimmungen zur Beendigung der einfachen Gesellschaft (Art. 545 ff. OR), die im zweiten Teil dieser Arbeit näher beleuchtet werden.[374]

2. Der gemeinsame Zweck

2.1. Allgemeines

Der Begriff des gemeinsamen Zwecks i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR hat in der gesellschaftsrechtlichen Lehre unterschiedliche Definitionen erfahren.[375] Her-

370 Vgl. Urteil des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1.

371 Urteil des BGer 4A_119/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2.

372 Vgl. THOUVENIN, N 394, der zusätzlich als viertes (negatives) Merkmal das Fehlen der Merkmale einer anderen Gesellschaftsverbindung erwähnt.

373 FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 459. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 95; VON STEIGER, S. 357; FURRER, S. 51, der allerdings die Vereinbarung des «Zwecks der Gesellschaft» und des «gemeinsamen Zwecks der Gesellschafter» als zwei separate Essentialia betrachtet.

374 Vgl. SCHMID JÖRG, S. 34.

375 Vgl. dazu FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 463.

kömmlich wird zwischen dem **unmittelbaren Zweck,** dem Endzweck und den Interessen und Motiven unterschieden.

- Der unmittelbare Zweck ist das Ziel, das die Parteien anstreben und für den sie sich zusammengetan haben[376] (z.B. Kauf eines Autos für die gemeinsame Ferienreise,[377] gemeinsamer Betrieb eines Solariums[378], der gemeinsame Verkauf von Aktien[379]). Gemeinsam ist der Zweck, wenn die Parteien ein und dasselbe Ziel anstreben.[380] Als relevanter Zweck im Rahmen der Definition der einfachen Gesellschaft wird der unmittelbare Zweck verstanden.[381]
- Beim Endzweck geht es demgegenüber um die Frage, ob die Parteien mit ihrer zweckgerichteten Zusammenarbeit wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Ziele (z.B. ideelle oder gemeinnützige Ziele) verfolgen.[382]
- Davon zu unterscheiden sind die individuellen Interessen und Beweggründe, die der gemeinsamen Zweckverfolgung zugrunde liegen.[383] Unterschiedliche Individualinteressen oder Motive schliessen eine gemeinsame Zweckverfolgung nicht aus.[384]

Der (gemeinsame) Zweck ist durch Auslegung zu ermitteln.[385] Die Frage, welcher Zweck im Einzelfall verfolgt wird, ist in verschiedener Hinsicht von herausragender Bedeutung. Er ist «der wichtigste **Massstab und Orientierungspunkt bei der Rechtsanwendung.** Nach ihm bestimmen sich namentlich die Zulässigkeit der einfachen Gesellschaft und der Inhalt ihrer Aktivitäten, er bildet die Richtlinie zur Konkretisierung der Rechte und Pflichten der Gesellschafter und den wichtigsten Orientierungspunkt bei der Bestimmung des Gegenstands der Geschäftsführungsbefugnis, und seine Erreichung führt zur Beendigung der Gesellschaft.»[386] Er hat nicht nur eine konstitutive Wirkung,

376 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 84; FURRER, S. 53, der hierfür die Terminologie «Vorzweck» verwendet.

377 BGE 99 II 315 E. 3c.

378 Urteil des BGer 4A_119/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2.

379 BGE 116 II 707 E. 2.

380 Urteile des BGer 4A_509/2010 vom 11. März 2011 E. 5.2; 4A_533/2014 vom 29. April 2015 E. 2.2.3.

381 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 85.

382 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 85; FURRER, S. 52.

383 Vgl. Urteile des BGer 4A_533/2014 vom 29. April 2015 E. 2.2.3; 4C.214/2003 vom 21. November 2003 E. 3.1; FURRER, 81; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 465.

384 Urteil des BGer 4A_533/2014 vom 29. April 2015 E. 2.2.3 m.V. auf FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 71.

385 Vgl. Urteil des BGer 4A_509/2010 vom 11. März 2011 E. 5; JUNG, Handkommentar, Art. 530 OR N 5.

386 THOUVENIN, N 401.

sondern mithin eine funktionelle. Er grenzt die «Individual- von der Sozialsphäre» ab[387] und definiert damit den Umfang der von der Gesellschaft erfassten Aktivität. Nach dem Zweck der Gesellschaft bestimmt sich schliesslich, welche Beiträge zu dessen Förderung geeignet sind.[388] Darauf ist zurückzukommen.[389]

2.2. Der Abschluss von Rechtsgeschäften als gemeinsamer Zweck

Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung von einem weiten Zweckbegriff aus. Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass das Gesellschaftsverhältnis auf längere Dauer angelegt wird. So kann der Zweck eng begrenzt sein (sog. Gelegenheitsgesellschaften[390]).

1. Der gemeinsame Zweck kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im **gemeinsamen Abschluss eines Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäfts** liegen.[391]
   - In BGE 116 II 707 E. 2a bejahte das Bundesgericht eine gemeinsame Zweckverfolgung im Fall, da sich mehrere Aktionäre zusammenschlossen, um dem gleichen Käufer ihre Aktien zu verkaufen **(Gemeinsamer Verkauf von Aktien)**.[392]
   - Zweck einer einfachen Gesellschaft kann auch der **gemeinsame Erwerb einer Liegenschaft** durch mehrere Personen – beispielsweise durch Ehegatten – zu Mit- oder Gesamteigentum sein, was das Bundesgericht mehrfach bestätigte.[393] Zweck der Gesellschaft stellt in erster Linie der Erwerb dar. Wurde die Liegenschaft zu Miteigentum erworben, regelt sich die Verwaltung und Nutzung der Sache anschliessend nach den Regeln von Art. 646 ff. ZGB, sofern nicht ein darüber hinausgehender Zweck verfolgt wird. Der Zweck wird diesfalls mit dem Abschluss des Erwerbs erreicht.[394]

---

387 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 470 m.V. auf WIEDEMANN, S. 10 f.

388 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 531 OR N 3.

389 Siehe hinten, S. 83 ff.

390 FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 205-209.

391 Urteil des BGer 4A_383/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3.1.

392 Das Bundesgericht prüfte vorab, ob es sich um einen gemeinschaftlichen Vertragsschluss gehandelt hat oder die Parteien vielmehr selbstständige Kaufverträge abschlossen (E. 2b). Vgl. auch BGE 116 II 49 E. 3b; 110 II 287 E. 2a.

393 BGE 110 II 287 E. 2a; 137 III 455 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 2012, Nr. 19, S. 125 ff.); Urteile des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 3.3; 4A_383/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3.2 und E. 3.4; Vgl. auch BGE 127 III 46 E 3b in fine; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP160016 vom 14. Juli 2017 E. 2.2

394 Illustrativ das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP160016 vom 14. Juli 2017 E. 2.2, wonach in diesem Zusammenhang die Lehrmeinung nicht relevant sei, wonach das Verwalten und Nutzen einer Sache kein rechtsgenüglicher Zweck i.S.v. Art. 530

Handelt es sich um ein Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäft, ist weiter zu präzisieren, dass nicht nur der «Abschluss» des Vertrags – also das Verpflichtungsgeschäft – angestrebt wird, sondern sich der Zweck selbstredend auf den erfolgreichen **Vollzug des Rechtsgeschäfts** – also das Verfügungsgeschäft – erstreckt.[395] Der Gesellschaftszweck wird folgerichtig mit dem Vollzug des Geschäfts erreicht (z.B. gemeinsamer Erwerb zu Miteigentum i.S.v. Art. 646 ff. ZGB). Dies ist in Fällen bedeutsam, in denen der Abschluss des Vertrags und der Vollzug zeitlich auseinanderfallen.

Unterzeichnen die Ehegatten beispielsweise einen Kaufvertrag zum Erwerb eines Grundstücks zu Miteigentum am 14. April 2021 und vereinbaren sie, dass die Verfügung am 5. Dezember 2021 erfolgt, bleibt die Ehegattengesellschaft bis zum vollständigen Abschluss des Geschäfts bestehen.[396]

2. Der Zweck kann selbstverständlich auch **über den Abschluss (und Vollzug)** eines Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäfts **hinausgehen.**

   In BGE 99 II 315 E. 5 bestand der Zweck der einfachen Gesellschaft nicht nur im Abschluss eines Kaufvertrags, sondern in der anschliessenden Benützung eines Occasionswagens für eine Ferienfahrt nach Frankreich und dem Wiederverkauf.

3. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung beschränkt sich nicht auf Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäfte. Auch beim Abschluss (und Vollzug) von **gemeinsamen Dauerschuldverhältnissen** bejaht das Bundesgericht eine Zweckverfolgung i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR.

   In Urteil 4C.300/2005 vom 1. November 2006 beurteilte das Bundesgericht die Aufnahme eines gemeinsamen Darlehens. Es bestätigte die vorinstanzliche Auffassung, wonach eine Gelegenheitsgesellschaft «zum Zwecke der gemeinsamen Aufnahme eines Darlehens» gegründet worden war.[397] Die Aufnahme eines Darlehens ist häufig nur Mittel zum eigentlich verfolgten Ziel (z.B. Liegenschaftskauf). In diesem Fall umfasst der Gesell-

---

OR sein könne, da der Zweck lediglich den Erwerb oder die Veräusserung umfasst; so auch Urteil des BGer 4A_383/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3.2.

395 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 26; So zu verstehen wohl auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP160016 vom 14. Juli 2017 E. 2.2: «Der Gesellschaftszweck wird diesfalls mit dem Abschluss des Liegenschaftskaufs erreicht.»

396 Zu beachten ist, dass die Auflösung der einfachen Gesellschaft an den Verbindlichkeiten gegenüber Dritten nichts ändert (vgl. Art. 551 OR). Mithin bleiben die Gesellschafter etwa für Gewährleistungsansprüche aus Verträgen mit Dritten weiterhin persönlich und solidarisch haftbar (vgl. Art. 544 Abs. 3 OR; vgl. etwa FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 113 und 145).

397 Vgl. auch WEBER ROLF, BK, Art. 312 OR N 85.

schaftszweck in der Regel auch die Finanzierung durch Aufnahme eines Darlehens und die Sicherung der Darlehensforderung durch ein Grundpfand.[398]

2.3. Die Zweckverfolgung bei der gemeinsamen Miete

a *Rechtsprechung des Bundesgerichts*

Das Bundesgericht hat mehrmals und in unterschiedlicher Ausprägung bejaht, dass die gemeinsame Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen einen Zweck i.S.v. Art. 530 OR darstellen kann. Sämtlichen Fällen lag eine unbewusste Gesellschaftsbildung zugrunde. Die Zweckumschreibung des Bundesgerichts ging unterschiedlich weit. Es bezeichnete je nach Fall nicht nur den Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags als Zweck, sondern – je nach Art der Räumlichkeit – auch das anschliessende Zusammenwohnen oder den Betrieb eines Geschäfts. Darauf ist in der nachfolgenden Analyse näher einzugehen.

Betreffend die **Wohnraummiete** sind folgende Entscheide zu beachten:

— In BGE 108 II 204 E. 4b prüfte das Bundesgericht insbesondere, ob und inwieweit die Regeln der einfachen Gesellschaft auf ein Konkubinatsverhältnis anwendbar sind.[399] Das Paar mietete gemeinsam eine Wohnung, führte den Haushalt zusammen und kam gemeinsam für dessen Kosten auf. Das Gericht bejahte betreffend das **Zusammenleben** ein Gesellschaftsverhältnis, äusserte sich jedoch nicht ausdrücklich zur gemeinsamen Miete.

— Bei der gemeinsamen Wohnraummiete hielt das Bundesgericht im Urteil 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 3a wenig später ausdrücklich fest, dass «**das gemeinsame Mieten zum Zweck des Zusammenwohnens**» («la location en commun d'une habitation destinée à être occupée ensemble») einen hinreichenden Zweck i.S.v. Art. 530 OR darstellt. Es präzisierte, dass der Zweck «des gemeinsamen Wohnens oder Zusammenlebens [...] über die blosse gemeinsame Nutzung einer Sache durch mehrere Personen hinaus [geht]». Im genannten Fall mieteten zwei Konkubinatspartner gemeinsam ein Einfamilienhaus für die Dauer von fünf Jahren zu Wohnzwecken und lebten für zwei Jahre darin (E. 3b). In beiden Fällen erschöpfte sich die gemeinsame Zweckverfolgung und – somit auch – die einfache Gesellschaft nicht im Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags, sondern umfasste ebenso das Zusammenleben.

---

398 Urteil des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 3.3.

399 Diese Frage hat das Bundesgericht im Urteil vom 15. März 1983 E. 2d noch offengelassen, in: SG 1983 Nr. 225.

- Im Urteil 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1 bestätigte das Bundesgericht mit Verweis auf BGE 108 II 204 ff., dass bereits die **«gemeinsame Miete einer Räumlichkeit oder einer Wohnung»** («location en commun d'un local ou d'un appartemen») – wie auch der Abschluss eines Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäfts – einen ausreichenden Zweck i.S.v. Art. 530 OR darstellen könne.

Das Bundesgericht beurteilte auch Fälle der gemeinsamen Miete von **Geschäftsräumen.**

- Im bereits erwähnten Urteil 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.2 bejahte das Gericht eine einfache Gesellschaft zwischen zwei Zahnärzten, die gemeinsam Geschäftsräume mieteten und darin eine Zahnarztpraxis betrieben. Der gemeinsame Zweck umfasste nicht nur die gemeinsame Miete, sondern den anschliessenden Betrieb der Zahnarztpraxis: **«Akquisition einer Räumlichkeit und den Betrieb einer Zahnarztpraxis in dieser Räumlichkeit.»**[400]
- Anders als bei der Miete von Wohnräumen, bei der sich der Zweck in der Regel im Wesentlichen auf das Zusammenwohnen beschränkt, sind die mittels gemeinsamer Geschäftsraummiete verfolgten Zwecke vielfältiger und ergeben sich aus der angestrebten Tätigkeit. Im Urteil des Bundesgerichts 4C.236/2003 vom 30. Januar 2004 E. 2.1 bildeten zwei Mieter eine einfache Gesellschaft zwecks **Miete von Geschäftsräumen zum Betrieb eines Wellnesscenters.**[401]

b *Lehre*

Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bejaht die **herrschende Lehre** bei der gemeinsamen Miete das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR. Bei der Zweckumschreibung stützt sich die Lehre mehrheitlich auf die Formulierungen des Bundesgerichts, das das «Zusammenwohnen» oder den Betrieb eines Geschäfts nennt. Vielfach folgt dieser Feststellung mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Folgerung, dass zwischen mehreren Mietern regelmässig eine einfache Gesellschaft anzunehmen ist.[402]

400 Im französischen Originalwortlaut: «acquérir un local et d'y exploiter un cabinet dentaire.»

401 Die Qualifikation als einfache Gesellschaft war jedoch «unbestritten» und wurde vom Bundesgericht nicht im Einzelnen geprüft (E. 2.1).

402 SCHMID JÖRG, S. 34, der das «gemeinsame Wohnen» als Zweck nennt und präzisiert, die Annahme der einfachen Gesellschaft geschehe unter Vorbehalt von gesetzlichen Sonderregeln, ohne diese näher zu spezifizieren; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET,

Es gibt **abweichende Stimmen,** die den gesellschaftsrechtlichen Ansatz kritisieren. Diese abweichende Auffassung wird im Zusammenhang mit dem Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags im Wesentlichen damit begründet, dass das **Halten, Verwalten oder Nutzen einer Sache** keinen Zweck im Sinne von Art. 530 OR darstellen könne.[403] Diese Auffassung überzeugt im Zusammenhang mit der gemeinsamen Miete aus folgenden Gründen nicht:

— Erstens unterscheidet die Rechtsprechung zwischen dem **Erwerb einer Sache** oder eines Rechts und dem (anschliessenden) Halten, Verwalten und Nutzen. Wie beim Abschluss eines Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäfts kann auch die gemeinsame Miete eines Objekts einen Zweck im Sinne von Art. 530 OR darstellen. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass sich der Zweck bei Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäften in der Regel im einmaligen Vollzug erschöpft, sofern darüber hinaus kein weiterer Zweck verfolgt wird. Da es sich bei der Miete um ein Dauerschuldverhältnis handelt, ist auch der Zweck beim gemeinsamen Vertragsschluss grundsätzlich auf Dauer ausgerichtet und besteht in der Regel nicht nur darin, den Vertrag gemeinsam zu erfüllen, sondern in tatsächlicher Hinsicht in den Räumlichkeiten zu wohnen oder ein Geschäft zu betreiben.

— Zweitens stehen die Begriffe Halten, Verwalten und Nutzen im Zusammenhang mit dem **Eigentum an Sachen** und dem Halten und Verwalten von Vermögenswerten (z.B. Grundstück).[404] Gemäss Rechtsprechung und

Droit du bail, N 26 zu Art. 253 OR, die den Zweck mit «d'occuper un logement ou d'exercer une activité économique dans un même local» umschreiben; vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 188; LACHAT, Bail à loyer, S. 96; ähnlich PÜNTENER, Mietrecht für die Praxis, S. 21, und DILLIER, S. 245 f., die weiter ausführt, ihres Erachtens dürfe ein gemeinsam mietendes Konkubinat nicht stets als einfache Gesellschaft behandelt werden, äussert sich jedoch nicht dazu, in welchen Fällen kein Gesellschaftsverhältnis anzunehmen sei; vgl. auch SCHMID HANS, S 350, der bei mehreren Mietern – auch zwischen Ehepaaren – immer ein Gesamthandverhältnis annimmt und als Zweck das «gemeinsame Mieten zwecks Wohnen oder Arbeiten» anführt; so zu verstehen wohl auch MICHELI, S. 16; widersprüchlich PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 45, der zwar entgegnet, dass die Tatsache des gemeinsamen Vertragsschlusses noch keine Solidarhaftung begründet, andernorts jedoch ausführt, dass gemeinsame Mieter eine Gesamthandschaft darstellen und – falls keine Erbgemeinschaft vorliegt – als ad hoc einfache Gesellschaft zu betrachten sind. Im Zusammenhang mit dem Konkubinat nennt PERMANN das «gemeinsame Wohnen» als Zweck. Auch FUTTERLIEB, S. 28, FUCHS, S. 28 und MAAG, HPA, Rz. 2.52 befassen sich nicht näher mit dem Zweck.

403 Vgl. etwa WEBER ROGER, S. 19 ff., der die analoge Anwendung der Bestimmungen des Miteigentums vorschlägt (Art. 646 ff. OR).

404 Vgl. JUNG, Handkommentar, Art. 530 OR N 7; SETHE, Kurzkommentar, Art. 530 OR N 21; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 19.

einem wesentlichen Teil der Lehre ist jedoch anerkannt, dass der Abschluss eines Mietvertrags – soweit damit ein weiterer Zweck verfolgt wird (Zusammenleben oder Betrieb eines Geschäfts) – über das blosse Halten, Verwalten und Nutzen einer Sache hinausgeht.[405]

c *Umfang der gemeinsamen Zweckverfolgung*

Wie erwähnt kommt der Zweckbestimmung in verschiedener Hinsicht eine herausragende Bedeutung zu, weshalb es entscheidend ist, dem durch **Auslegung** ermittelten vereinbarten Zweck scharfe Konturen zu verleihen. Er bestimmt den Gegenstand und den Umfang der einfachen Gesellschaft.

In den meisten Fällen fehlt eine gemeinsame ausdrückliche Zweckbestimmung der Parteien, da sich diese nicht bewusst sind, ein Gesellschaftsverhältnis zu begründen. Kommt die einfache Gesellschaft durch konkludente Erklärungen der Parteien zustande,[406] ist der von den Parteien verfolgte Zweck mittels Auslegung zu ermitteln. Lässt sich der tatsächliche Wille nicht ermitteln, sind die (konkludenten) Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Ist der Vertrag nicht durch den Austausch von ausdrücklichen Willenserklärungen geschlossen worden, sondern durch ein konkludentes Verhalten der Parteien, so sind die Umstände allein massgebend für die Auslegung des Erklärungsinhalts.[407]

Hinsichtlich des Umfangs des verfolgten Zwecks können im Wesentlichen folgende Konstellationen unterschieden werden:

1. Schliessen sich mehrere Personen zusammen, um einen gemeinsamen Mietvertrag abzuschliessen, liegt der unmittelbare Zweck zunächst in ebendiesem **Abschluss des Mietvertrags.** Im Gegensatz zu einem reinen Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäft, das in der Regel ein Einmalschuldverhältnis darstellt und sich in einer Verfügung erschöpft,[408] ist die gemeinsame Miete als Dauerschuldverhältnis grundsätzlich auf Dauer angelegt.[409] Folgerichtig kann auch beim gemeinsamen Mietvertrag gesagt

405 Urteil des BGer 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 3a (übersetzt in: Pra 1996 Nr. 240, S. 939 ff.).

406 Siehe dazu hinten, S. 88.

407 Statt vieler: BGE 124 III 363 E. 5a; 131 III 268 E. 5.1.3 (übersetzt in Pra 2006 Nr. 19, S. 142 ff.); Urteil des BGer 5A_540/2011 vom 30. März 2012, E. 6.1.2; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR N 385; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, Art. 18 OR N 16 und N 45.

408 Präzisierend ist darauf hinzuweisen, dass das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft zeitlich auseinanderfallen können. Wurde eine einfache Gesellschaft begründet, so ist m.E. der Vollzug in der Regel mitumfasst, sodass die Gesellschaft konsequenterweise auch bei einem Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäft (tatsächlich) von gewisser Dauer ist.

409 Vgl. statt vieler: ROHRER, SVIT-Kommentar, Art. 253 OR N 4; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 253 OR N 28; WEBER ROGER, Art. 253 OR N 1.

werden, dass der gemeinsame Zweck den Vollzug des Mietvertrags umfasst, d.h. die auf eine bestimmte oder unbestimmte Dauer erfolgende Gebrauchsübernahme einer Sache **(gemeinsame Miete)**.

2. Das Bundesgericht hat bisher in erster Linie Fälle beurteilt, in denen die gemeinsame Miete im Zusammenhang mit einem Konkubinat stand oder – bei der Geschäftsraummiete – mit dem Betrieb eines Geschäfts. Der Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags wird geradezu als Mittel zum eigentlichen Zweck des Zusammenwohnens oder des gemeinsamen Betriebs eines Geschäfts dargestellt.[410] Hier ist Vorsicht geboten. Dass die Parteien **einen über den Abschluss der gemeinsamen Miete hinausgehenden Zweck** verfolgen, ist **nicht leichthin anzunehmen:**

   Bei der Wohnraummiete ist in systematischer Hinsicht namentlich die Rechtsprechung zum Konkubinatsverhältnis zu beachten. Es ist gemeinhin anerkannt, dass aus dem blossen Zusammenwohnen an sich auf **keinen hinreichenden Rechtsbindungswillen** geschlossen werden kann, wie es die Entstehung einer einfachen Gesellschaft voraussetzt.[411]

   Im Leitentscheid zum Konkubinatsverhältnis führte das Bundesgericht aus: «Beim Zusammenleben von zwei Personen muss in jedem einzelnen Fall näher geprüft werden, ob und inwieweit die konkreten Umstände die Anwendung der Regeln über die einfache Gesellschaft erlauben. Es sind Konkubinatsverhältnisse denkbar, in denen die Partner sich in jeder Beziehung eine derart starke Selbständigkeit bewahren, dass für die Annahme einer einfachen Gesellschaft kein Raum bleibt. Von der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln kann nur dort gesprochen werden, wo ein Wille besteht, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten.»[412]

Auch bei der gemeinsamen Miete ist abzugrenzen, ob die Parteien lediglich mit Bezug auf den «Abschluss» der gemeinsamen Miete eine Gesellschaft bilden oder auch hinsichtlich des Zusammenlebens: Nimmt man diese Differenzierung auf Ebene der Zweckbestimmung nicht vor, wird aus jeder Wohngemeinschaft (automatisch) eine einfache Gesellschaft im Sinne eines Konkubinats. Mieten zwei Studenten gemeinsam eine Wohnung, ist mithin nicht

410 Urteil des BGer 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 3a (übersetzt in: Pra 1996 Nr. 240, S. 939 ff.). Ähnlich kann auch die gemeinsame Aufnahme eines Darlehens weiteren Zwecken dienen: vgl. Urteil des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 3.3.

411 AEBI-MÜLLER/WIDMER, N 11; BÜCHLER, S. 79; DUSSY, S. 60 f.; PULVER, S. 17 f., 22 ff.; WEBER ROLF, Frank et al., § 6 N 8 und 13 ff.

412 BGE 108 II 204 E. 4a.

ohne Weiteres anzunehmen, dass die einfache Gesellschaft und damit der Gesellschaftszweck auch das (blosse) Zusammenleben in der Wohnung umfasst.

Dieselben Überlegungen gelten für die gemeinsame Miete von **Geschäftsräumen.** Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob der verfolgte Zweck über die gemeinsame Miete der Räumlichkeiten hinausgeht.

3. Gemeinsame Kräfte und Mittel

3.1. Allgemeines

Eine gemeinsame Zweckverfolgung i.S.v. Art. 530 OR setzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung weiter voraus, dass die Beteiligten nicht nur ein und dasselbe Ziel anstreben, sondern alle zur Erreichung dieses Ziels beitragen.[413] Gemäss Art. 531 Abs. 1 OR hat jeder Gesellschafter einen **Beitrag** zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit. Die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Mittel, d.h. die von den Gesellschaftern zu erbringenden Beiträge, können in irgendwelchen vermögensrechtlichen oder persönlichen Leistungen bestehen.[414] Ist nicht etwas anderes vereinbart, so haben die Gesellschafter gleiche Beiträge, und zwar in der Art und dem Umfange zu leisten, wie der vereinbarte Zweck es erheischt (Art. 531 Abs. 2 OR). Die Beiträge können für die einzelnen Gesellschafter verschieden sein.[415] Eine abweichende Vereinbarung kann auch aus konkludenten Handlungen der Parteien resultieren.[416] Nicht vorausgesetzt ist, dass die Art und der Umfang der Beiträge bereits im Vornherein bestimmt sind.[417] Es ist für das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses jedoch erforderlich, dass jeder Beteiligte einen Beitrag leistet und damit die Erreichung des gemeinsamen Ziels in irgendeiner Weise fördert.[418] Der Beitragsbegriff ist mithin weit zu verstehen.[419]

413 Statt vieler: Urteile des BGer 4A_533/2014 vom 29 April 2015 E. 2.2.3; 4A_509/2010 vom 11. März 2011 E. 5.2; vgl. auch THOUVENIN, N 422 ff., der sich eingehend mit der Frage auseinandersetzt, ob dieser Voraussetzung eine eigenständige Bedeutung für die Entstehung einer Gesellschaft nach Art. 530 OR zukommt.

414 Vgl. BGE 116 II 707 E. 2a; 137 III 455 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 2012, Nr. 19, S. 126 ff.); Urteil des BGer 4C.166/2005 vom 24. August 2005 E. 3.1.

415 BGE 137 III 455 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 2012, Nr. 19, S. 126 ff.).

416 Urteil des BGer 4A_21/2011 vom 4. April 2011 E. 3.3.

417 Vgl. Urteil des BGer 4A_310/2009 vom 29. September 2009 E. 1.4; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 530 OR N 172, FURRER, S. 69; FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 OR N 68.

418 Urteil des BGer 4A_509/2010 vom 11. März 2011 E. 5.2.

419 Vgl. CHAIX, Commentaire Romand, Art. 531 OR N 2.

3.2. Beiträge bei der gemeinsamen Miete

a Übersicht

Wie vorstehend im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Zweck erwähnt, ist zu unterscheiden und mittels Auslegung zu ermitteln, ob mehrere Mieter lediglich den Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags bezwecken (gemeinsame Miete) oder der Zweck – und damit das Gesellschaftsverhältnis – auch das Zusammenwohnen (gemeinsames Wohnen) oder den Betrieb eines Geschäfts umfasst.

Gestützt auf die Lehre und Rechtsprechung kommen bei der gemeinsamen Miete folgende Beiträge in Betracht:

1. Unabhängig vom Umfang des verfolgten Zwecks werden häufig Beiträge in Geld vereinbart. Typischerweise einigen sich die Mietenden im Innenverhältnis darauf, den **Mietzins und die Nebenkosten** gemeinsam zu tragen, sei es mündlich oder schriftlich.[420] Es steht im Belieben der Mieter, in welchem Verhältnis diese Kosten aufgeteilt werden. Vereinbart wird etwa eine hälftige Bezahlung, eine Bezahlung nach Einkommen, nach Grösse der bewohnten Zimmer oder nach einem sonstigen Massstab.[421] Liegt keine ausdrückliche Einigung vor, kann in der Regel mit Bezug auf den (tatsächlichen) Konsens über Bestand und Höhe der einzelnen Beiträge auf das nachvertragliche Verhalten abgestellt und ermittelt werden, wer welche Zahlungen leistete.
2. Darüber hinaus kann bereits in der **blossen Übernahme der Haftung** im Aussenverhältnis ein zulässiger Beitrag liegen. Gemäss neuerer Lehre, die sich insbesondere auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.18/1995 vom 13. Juni 1995 E. 4b stützt,[422] kommt als Beitrag alles infrage, was zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks geeignet scheint, so auch die Erteilung von Ratschlägen oder auch nur das blosse «Dabeisein». Das Bundesgericht umschreibt den Beitrag wie folgt: «[O]n admet en particulier que le simple fait d'accepter la qualité d'associé et donc de devenir personnellement et

420 DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 189 m.V. auf BGE 108 II 204 E. 4b und 5 (Zahlungen an die gemeinsame Wohnungsmiete) und 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1-3.3 (Kosten der Zahnarztpraxis, worunter die Miete fällt); vgl. auch BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 26; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 95; SCHMID HANS, S 350 in Fn. 8; PERMANN, OFK Mietrecht, Vor 253-274g OR N 67.

421 Vgl. LACHAT, Bail à loyer, S. 98.

422 Urteil des BGer 4C.18/1995 vom 13. Juni 1995 E. 4b, in: SJ 1995 S. 724 f. Das Bundesgericht bestätigte diese Rechtsprechung in einem steuerrechtlichen Entscheid: Urteil des BGer 2A.328/2002 vom 17. April 2003 E. 4.4. Auf kantonaler Ebene ist das Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 18. August 2015 zu beachten (zusammengefasst in: ius. focus 2016 Nr. 65), welches ebenfalls von einem sehr weiten Beitragsbegriff ausgeht; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg CACIV.2013.80 vom 9. Dezember 2014 E. 3b.

solidairement responsable du paiement des dettes de la société peut constituer un apport, de même que le fait, par sa présence, de permettre l'octroi de certains crédits à la société.» Die Beitragseigenschaft wird damit begründet, dass aufgrund der Mitgliedschaft das Risiko einer persönlichen Haftung besteht und der Gesellschafter damit seine Kreditwürdigkeit der Gesellschaft zur Verfügung stellt.[423] Auf diese Beitragsform wird an anderer Stelle separat eingegangen.[424]

3. Soweit der gemeinsame Zweck über die blosse gemeinsame Miete hinausgeht (gemeinsames Wohnen oder Betrieb eines Geschäfts), kommen weitergehende Beiträge in Betracht. Umfasst der gemeinsame Zweck nicht nur den Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags, sondern das Zusammenwohnen oder den gemeinsamen Betrieb eines Geschäfts, liegen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur dann ausreichende Beiträge vor, wenn die Parteien gemeinsam für die Kosten der Wohnung und den Haushalt bzw. Betrieb des Geschäfts aufkommen. Fehlt ein finanzieller Beitrag, ist auch möglich, dass die **Leistung in anderer Form** erbracht wird (z.B. Arbeitsleistung im Haushalt).

   Das **Bundesgericht** äusserte sich vereinzelt zu den möglichen Beiträgen:
   - In Urteil 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 3a befasste sich das Bundesgericht einzig mit dem gemeinsamen Zweck und schloss von der gemeinsamen Zweckverfolgung direkt auf das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft, ohne sich mit den weiteren Voraussetzungen, insbesondere der Beitragspflicht, auseinanderzusetzen.
   - Als massgebend erachtete das Gericht in BGE 108 II 204 E. 4b den Umstand, dass die Partner zusammen einen Haushalt führten, für dessen Kosten sie beide aufkamen (z.B. finanzieller Beitrag an Wohnungsmiete und Einrichtungskosten).
   - Ähnlich hielt das Bundesgericht im Urteil 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1 fest, dass beide Zahnärzte einen Beitrag erbringen mussten, da die aus dem Betrieb der Zahnarztpraxis resultierenden Kosten geteilt wurden.

Wie erwähnt setzt sich die **Lehre** nur vereinzelt mit dieser Voraussetzung auseinander. Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung – der jeweils eine weitere Zweckumschreibung zugrunde lag – sieht DIETSCHY-

423 HANDSCHIN/VONZUN, ZK Art. 531 OR N 2; HANDSCHIN, BSK OR, Art. 531 OR N 5; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 531 OR N 56; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 45; VON STEIGER, S. 369; CHAIX, Art. 531 OR N 2; a.M. HONSELL, Kurzkommentar OR, Art. 531 OR N 2.

424 Siehe sogleich, S. 85 ff.

MARTENET neben der Bezahlung von Miete und Nebenkosten auch rechtsgenügliche Beiträge in der Leistung der Mietsicherheit, der Zurverfügungstellung von Möbeln, Maschinen oder anderen Materialien oder der Arbeit im Haushalt oder im Betrieb.[425] MICHELI führt ähnlich wie DIETSCHY-MARTENET aus, dass ein zulässiger Beitrag auch in der Zurverfügungstellung von Möbeln oder Ausstattungsgegenständen im Falle einer gemeinsamen Miete von Geschäftsräumlichkeiten vorliegen kann.[426]

Umfasst der gemeinsame Zweck auch das Zusammenwohnen oder den Betrieb eines Geschäfts, sind die von der Lehre und Rechtsprechung genannten Beitragsformen aufgrund des weiten Begriffs des Beitrags i.S.v. Art. 531 Abs. 1 OR durchaus geeignet, den gemeinsamen Zweck zu fördern. Erschöpft sich der Zweck derweil in der «gemeinsamen Miete», kommen lediglich die Beiträge nach den vorstehenden Ziffern 1 und 2 in Betracht.

Schliessen sich zwei Personen zwar zur gemeinsamen Miete zusammen, sind jedoch **Beiträge i.S.v.** Art. 531 Abs. 1 OR weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart, so fehlt es an einer zur Entstehung der einfachen Gesellschaft notwendigen Voraussetzung. Unter Bezugnahme auf die Terminologie von WEBER ROGER liegt eine schlichte Vertragsgemeinschaft vor. Anstatt der von diesem Autor geforderten Anwendung des Miteigentumsrechts[427] – die WEBER ROGER insbesondere mit dem Fehlen einer «affectio societatis» begründet – ist es nach der hier vertretenen Auffassung aufgrund der Bejahung einer gemeinsamen Zweckverfolgung und der Nähe zum Recht der einfachen Gesellschaft überzeugender, im Streitfall zwischen den Mietern im Innenverhältnis die Bestimmungen der einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR zur Lückenfüllung (z.B. Vertretung, interne Willensbildung oder Aufhebung der Rechtsgemeinschaft) analog heranzuziehen.

b Zur (blossen) Mitübernahme der Haftung als Beitrag i.S.v. Art. 531 OR im Besonderen

Gerade bei der unbewussten Entstehung der einfachen Gesellschaft, die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Thema häufig ist, hängt die Mitgliedschaft – also das blosse «Dabeisein» – mangels ausdrücklicher vertraglicher Regelung davon ab, dass diese erst nach erfolgreicher Prüfung der Entste-

425 DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 189 m.V. auf BGE 108 II 204 E. 4b und die weiteren Urteile des BGer 4P.118/2004 vom 10. September 2004 E. 2.2.2; 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1-3.3 und 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 3a (übersetzt in: Pra 1996 Nr. 240, S. 939 ff.); vgl. auch BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 26; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 95.

426 MICHELI, S. 16.

427 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 21.

hungsvoraussetzungen feststeht. Handelt es sich bei der gemeinsamen Übernahme der Haftung um den einzigen (nachgewiesenen) Beitrag des Gesellschafters, etwa weil ein Mitmieter keinen Anteil an die Wohnkosten leistet, ist mit FURRER sowie FELLMANN und MÜLLER zu beachten, dass nicht Ursache und Folge verwechselt werden.[428] Die Übernahme der Haftung ist Voraussetzung für die Entstehung der einfachen Gesellschaft. Die solidarische Haftung nach Art. 544 Abs. 3 OR setzt mithin das Bestehen einer einfachen Gesellschaft bei Vertragsschluss voraus.

Die **Mitübernahme der Haftung ist geeignet, die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft zu verbessern.**[429] Folglich liegt damit ein rechtsgenüglicher Beitrag i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR in aller Regel vor. Die Voraussetzung der gemeinsamen Kräfte und Mittel ist somit bereits erfüllt, wenn die Mieter dem Vermieter persönlich haften und damit die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft erhöhen und gegebenenfalls auch dazu beitragen, das Objekt überhaupt erst mieten zu können.[430]

Die Übernahme der Haftung geschieht in der Regel **ausdrücklich,** indem die Parteien im schriftlichen Mietvertrag vereinbaren, dass mehrere Mieter «solidarisch haften».[431]

Die Vereinbarung einer solidarischen Haftung kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf Art. 143 Abs. 1 OR auch **konkludent** erfolgen.[432] Soweit sich insoweit kein tatsächlich übereinstimmender Wille ermitteln lässt, hat der Richter die Vereinbarung im Streitfall nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.[433] Im Einzelnen:

— Das Bundesgericht führte wiederholt aus, der **gemeinsame Vertragsschluss allein begründet keine Solidarität.**[434]

  Ausgangsfall für diese Rechtsprechung bildet ein Entscheid vom 18. Oktober 1923. Darin unterzeichneten zwei Personen gemeinsam einen Schuldschein über CHF 11'500.00 zzgl. Zins, der zusätzlich durch drei Personen solidarisch verbürgt wurde. Das Gericht sah insbesondere in der

428 FURRER, S. 72; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 531 N 19 und 56.

429 So auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 531 OR N 2.

430 In der Regel interessiert es den Vermieter nicht, wer welchen Beitrag im Innenverhältnis an die Miete und die Nebenkosten bezahlt. Er ist an kreditwürdigen Mietern interessiert, die ihm persönlich und solidarisch haften.

431 BGE 111 II 284 E. 2; Urteil des BGer 4C.342/2004 vom 16. Dezember 2004 E. 3; LACHAT, Bail à loyer, S. 96 in Fn. 51.

432 Statt vieler: BGE 116 II 707 E. 3; Urteil des BGer 4A_566/2012 vom 9. April 2013 E. 2.4.3.1; Urteil 4C.208/2005 vom 23. September 2005 E. 2.1.

433 BGE 116 II 707 E. 3.

434 BGE 49 III 205 E. 4; 116 II 707 E. 3; Urteile des Bundesgerichts 4A_599/2010 vom 14. Februar 2011 E. 3.2 und 4C.228/2002 vom 18. Oktober 2002 E. 2.2.

solidarischen Verbürgung dreier Personen ein Indiz dafür, dass sich die den Schuldschein unterzeichnenden Personen nur als Teilschuldner verpflichteten.[435] Es handelt sich um einen einzelnen Fall.[436]

- In der Regel bejahte das Bundesgericht eine solidarische Haftung bei gemeinsamer Verpflichtung aufgrund der **Umstände.**[437]
  - In BGE 47 III 213 E. 2 erkannte das Gericht auf eine solidarische Haftbarkeit zweier Personen aufgrund der Abgabe eines gemeinsamen Gebots an der Versteigerung eines Grundstücks.
  - Ebenfalls eine konkludente Solidarhaftung sah das Gericht in einer Eventualbegründung in BGE 116 III 707 E. 3 dann als gegeben an, wenn im Aktienkaufvertrag weder die von mehreren Personen verkauften Aktien noch der Kaufpreis auf die einzelnen Personen aufgegliedert waren.
  - In Urteil 4C.342/2004 vom 16. Dezember 2004 E. 4 bejahte das Bundesgericht gestützt auf das Vertrauensprinzip aufgrund der Umstände eine solidarische Haftung von Ehegatten im Zusammenhang mit der gemeinsamen Aufnahme eines Darlehens. Dabei stützte es sich insbesondere auf die von der Vorinstanz festgestellten Umstände, wonach die Darlehenssumme im Vertrag nicht auf die Parteien aufgeteilt und nicht bestimmt war, welcher Ehepartner welche Summe zurückzuzahlen hatte.
  - Ähnlich bejahte das Bundesgericht im kürzlich ergangenen Urteil 4A_461/2018 vom 20. März 2019 E. 4.2 eine konkludente solidarische Haftung zweier Ehegatten, die für ihren Sohn gemeinsam das Einschreibeformular für eine Privatschule unterzeichneten. Aufgrund des Vertragszwecks – d.h. die Einschreibung ihres gemeinsamen Sohnes zur Schule – durfte die Schule in guten Treuen davon ausgehen, dass sich die Ehegatten solidarisch zur Bezahlung der Schulgebühren verpflichteten.
- Auch auf **kantonaler Ebene** befassten sich Gerichte mit dieser Thematik:
  - Das Kantonsgericht Graubünden bejahte eine solidarische Haftung in einem Fall, da das Mietobjekt («Höflistuck») zu einem einheitlichen

435 BGE 49 III 205 E. 4.

436 Nicht einschlägig ist etwa der von WEISS, S. 41, zitierte BGE 123 III 53 E. 5, da sich dort die Frage der solidarischen Haftung nicht stellte, sondern zu beurteilen war, ob überhaupt eine Verpflichtung eingegangen wurde, was das Gericht verneinte.

437 Im Resultat auf eine solidarische Haftung schliessend, aber ohne sich im Einzelnen mit der Begründung von Solidarität durch den Vertragsschluss auseinanderzusetzen: vgl. die Urteile des BGer 4A_12/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2; 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.

Mietzins übernommen (CHF 1'000.00 und nicht je CHF 500.00) und der Mietvertrag nicht einzelne Teile des Mietobjekts der einen oder anderen Vertragspartei zur alleinigen Benützung zuteilte, sondern das Mietobjekt beiden als Ganzes zur gemeinsamen Verwendung überlassen wurde.[438]

— In ähnlicher Weise haben auch das Obergericht des Kantons Luzern sowie das Obergericht des Kantons Thurgau auf eine stillschweigende solidarische Haftung in Fällen geschlossen, in denen der Mietvertrag gemeinsam unterzeichnet wurde und die Personen das Mietobjekt ungeteilt als Ganzes zur Verfügung erhielten.[439]

Gestützt auf die erwähnten Entscheide kann eine stillschweigende solidarische Haftung mehrere Mieter in der Regel zusammengefasst dann bejaht werden, wenn das **Mietobjekt den Mietern gemeinsam** überlassen wird **und** die Parteien im Mietvertrag die **individuellen Anteile an den Mietkosten nicht bestimmen.** Durch Abschluss eines Vertrags mit diesem Inhalt erklären sie dem Vermieter damit konkludent, dass jeder einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld haften will.[440]

4. Gesellschaftsvertrag und Form

Voraussetzung für die Entstehung der einfachen Gesellschaft ist schliesslich der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags. Da es sich bei der einfachen Gesellschaft um eine rechtsgeschäftlich begründete Rechtsgemeinschaft handelt, ist jeweils anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu prüfen, ob ein vertraglicher Bindungswille besteht. Auch wenn gewisse Autoren und zuweilen das Bundesgericht diesen Eindruck erwecken, entsteht die einfache Gesellschaft nicht von Gesetzes wegen. Wie bei jedem Vertrag sind zum Vertragsschluss übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien erforderlich (vgl. Art. 1 OR).[441] Im Einzelnen:

438 Urteil des Kantonsgerichts Graubünden RB 19/93 vom 3. Juni 1993 E. b, in: PKG 1993 S. 74 ff.

439 Urteil des Obergerichts Luzern vom 9. Juli 1992, in: LGVE 1992 I Nr. 15, S. 26 f.; Urteil der Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau BR 94 86 vom 17. Oktober 1994 E. 2, in: RBOG 1994 Nr. 8 S. 98.

440 Vgl. auch die Lehre zum Mietvertrag LACHAT, Bail à loyer, S. 100; PÜNTENER, Mietrecht für die Praxis, S. 21 f.; a.M. grundsätzlich WEBER ROGER, BSK-OR, Vor 253-273c OR N 2; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 253 OR N 12, die bei teilbaren Leistungen von Teilschulden ausgehen, sofern kein Gesamthandverhältnis besteht (sog. schlichte Rechtsgemeinschaft).

441 FURRER, S. 43; VON STEIGER, S. 357.

1. Häufig besteht kein ausdrücklicher schriftlicher oder mündlicher Vertrag betreffend die einfache Gesellschaft zwischen den Mietern. Der Gesellschaftsvertrag untersteht von Gesetzes wegen keiner Form und kann formlos vereinbart werden (vgl. Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 530 OR). Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch auch **konkludent** erfolgen und sich aus dem Verhalten der Partner ergeben, wobei diesen nicht bewusst sein muss, dass daraus eine einfache Gesellschaft entsteht.[442]

   Die einfache Gesellschaft entsteht bereits, wenn die Parteien übereingekommen sind, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks gemeinsam fördern zu wollen. An die Beitragsleistung sind – wie gesehen – nur geringe Anforderungen zu stellen.[443] Obwohl eine unbewusste Gesellschaftsentstehung möglich ist, verlangt das Bundesgericht zumindest, dass sich eine Partei rechtlich binden wollte.[444] Einen mit Bezug auf sämtliche Parteien unbewussten und ungewollten Vertragsschluss gibt es nicht.[445] Der **rechtliche Bindungswillen** dient in der Regel der Abgrenzung zu blossen Gefälligkeitsverhältnissen. Ein solches liegt etwa bei mehreren Personen vor, die gemeinsam einen Jassabend verbringen.[446]

   Stellen zwei Mieter einen verbindlichen Antrag zum Abschluss eines Mietvertrags oder nehmen einen solchen an, so geben sie im Aussenverhältnis **rechtlich verbindliche Willenserklärung** ab. Da der Antrag zum Vertragsschluss oder die Annahme desselben gemeinsam erfolgt, manifestiert sich nach der hier vertretenen Auffassung im Innenverhältnis – also gegenüber dem Mitmieter – der Wille, gemeinsam gegenüber dem Vermieter durch den einheitlichen Mietvertrag auch rechtlich gebunden zu sein. Es ist der Wille, die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag gemeinsam zu tragen und gemeinsam gegenüber dem Vermieter für eine bestimmte oder unbestimmte Dauer auszuüben.
2. Mieten mehrere Personen gemeinsam, ist es im Innenverhältnis sinnvoll, zumindest die vom dispositiven Recht abweichenden Vereinbarungen

---

442 BGE 124 III 363 E. II/2a; 116 II 707 E. 2a; 108 II 204 E. 4; 99 II 303 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23. November 2015 E. 3.2 4 und 4A_509/2010 vom 11. März 2011 E. 5.2; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 96.

443 Siehe dazu vorne, S. 83 ff.

444 Urteile des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23. November 2015 E. 3.2; 4A_27/2008 vom 9. Mai 2008 E. 2.3; 4C.24/2000 vom 28. März 2000, E. 3d; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 N 61; kritisch dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 97, die verlangen, dass sich sämtliche Vertragspartner binden wollen.

445 Urteile des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23. November 2015 E. 3.2; 4A_27/2008 vom 9. Mai 2008 E. 2.3; 4C.24/2000 vom 28. März 2000, E. 3d.

446 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 81.

ausdrücklich und **schriftlich** festzuhalten. Dies betrifft in erster Linie den jeweils zu bezahlenden Anteil an der Miete und den Nebenkosten.

5. Bedeutung des Gesellschaftsverhältnisses aus Perspektive des Vermieters

Die Bedeutung eines allfälligen Gesellschaftsverhältnisses darf vor allem aus Vermieterperspektive nicht überbewertet werden. Ein Rückgriff auf das Recht der einfachen Gesellschaft ist in vielen Fällen nicht erforderlich, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen entsteht eine **vertraglich begründete solidarische Haftung** mehrerer Mieter gemäss Art. 143 ff. OR, wenn nicht ausdrücklich, dann in den meisten Fällen aufgrund der Umstände des Vertragsschlusses.[447] Zum Nachweis einer solidarischen Verpflichtung zur Bezahlung von Mietzinsen und Nebenkosten ist es in den meisten Fällen somit nicht erforderlich, auf das Gesellschaftsrecht zurückzugreifen (vgl. Art. 544 Abs. 3 OR) und das Gesellschaftsverhältnis im Prozessfall nachweisen zu müssen.
2. Im Übrigen bildet die Mietergemeinschaft aus Sicht des Vermieters je nach Umständen im Einzelfall den Anschein eines Gesellschaftsverhältnisses (sog. **Anscheinsgesellschaft**). Erwecken die Parteien durch ihr Verhalten gegenüber einem Dritten den Anschein, dass unter ihnen ein Gesellschaftsverhältnis besteht, kommen gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach dem Vertrauensprinzip die Regeln der Haftung aus Rechtsschein zur Anwendung.[448]

   Im Zusammenhang mit der gemeinsamen Miete ist das Urteil 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 zu beachten. Darin stellte das Bundesgericht in einem Fall, in dem eine Frau gemeinsam mit ihrem Freund ein Einfamilienhaus gemietet hatte, fest, dass gegen aussen zumindest der Anschein einer einfachen Gesellschaft unter den Personen entstehe, die zusammenwohnen wollen.

---

447 Siehe vorne, S. 86 f.

448 BGE 124 III 363 E. II/2a; 116 II 707 E. 1b; Urteile des BGer 4C.421/2006 vom 4. April 2007 E. 7.2; 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 3.2; 4C.24/2000 vom 28. März 2000 E. 4a; 4A_513/2015 vom 13. April 2016 E. 3.1; vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/ SETHE, § 12 N 102; kritisch VON DER CRONE/BÜRGI, S. 57 f., nach welchen der Anschein kein (real existierendes) Gesellschaftsverhältnis begründen könne. Der in seinem Vertrauen auf den Bestand einer Gesellschaft Enttäuschte sei deshalb wirtschaftlich so zu stellen, wie wenn ein Gesellschaftsverhältnis bestünde. Zustimmend: FELLMANN/ MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 449.

6. Interne Willensbildung und Vertretung der Gemeinschaft mit Bezug auf den Mietvertrag

Das Verhältnis der Gesellschafter unter sich ist in den Art. 531–542 OR geregelt. Das Recht der einfachen Gesellschafter enthält wenige zwingende Bestimmungen, sodass die Gesellschafter weitgehend frei sind, ihr Verhältnis zueinander den spezifischen Bedürfnissen anzupassen.[449] Mangels gesetzlicher Formvorschrift kann der Gesellschaftsvertrag und damit auch die Regelung des Verhältnisses der Gesellschafter vorbehältlich eines Schriftformvorbehalts i.S.v. Art. 16 Abs. 1 OR formlos geändert werden.[450] Die nachfolgenden Grundsätze sind anwendbar, sofern und soweit die Gesellschafter keine abweichende Vereinbarung getroffen haben.

Die Befugnis, betreffend den Mietvertrag Entscheidungen zu treffen, hängt von der **Art des Geschäfts** ab.[451] Die Geschäftsführung steht vorbehältlich abweichender Vereinbarungen allen Gesellschaftern zu (vgl. Art. 535 Abs. 1 OR). Gegenstand der Geschäftsführungsbefugnis bilden alle gewöhnlichen Geschäftsführungshandlungen.[452] In diesem Rahmen ist zur Willensbildung im Innenverhältnis kein Gesellschaftsbeschluss erforderlich.[453] Demgegenüber erfordern Grundlagengeschäfte, die den Gesellschaftsvertrag betreffen, die Bestellung eines Generalbevollmächtigten und die aussergewöhnlichen Geschäftsführungshandlungen (Art. 535 Abs. 3 OR) einen Gesellschaftsbeschluss i.S.v. Art. 534 OR[454], der vorbehältlich abweichender Vereinbarungen einstimmig zu erfolgen hat.[455] Für die Frage, ob ein ordentliches oder ausserordentliches Geschäft vorliegt, ist neben dem Zweck der Gesellschaft auch die Art und Grösse der Gesellschaft, der Gesellschaftsvertrag und die Art und das

449 Vgl. zu einer Übersicht über die zwingenden und dispositiven Bestimmungen im Recht der einfachen Gesellschaft: JUNG, Handkommentar, Art. 530 OR N 41; vgl. auch CHAIX, Commentaire Romand, Art. 532 OR N 4. Ausdrücklich dispositiv sind betreffend das Verhältnis der Gesellschafter unter sich die Art. 531 Abs. 2, 533 Abs. 1 und 3, 534 Abs. 2, 535 Abs. 1 und 540 Abs. 1 OR.

450 Vgl. Art. 11 Abs. 1 OR; JUNG, Handkommentar, Art. 530 OR N 42; vgl. betreffend die Beitragspflicht Urteil des BGer 4A_21/2011 vom 4. April 2011 E. 3.3: «la convention contraire au principe d'égalité des apports exprimé à l'art. 531 al. 2 CO peut résulter d'actes concluants.»

451 DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 190.

452 Urteil des BGer 4C.191/2003 vom 15. Juni 2004 E. 2.2; THOUVENIN, N 537; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 543 OR N 200; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 543 OR N 48; PESTALOZZI/VOGT, BSK OR, Art. 543 OR N 29; VON STEIGER, S. 435 f

453 FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 534 OR N 43; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 534 OR N 1–4; THOUVENIN, N 490.

454 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 534 OR N 1–4; THOUVENIN, N 490.

455 HANDSCHIN, BSK OR, Art. 534 OR N 3; vgl. zu möglichen abweichenden Regeln: LACHAT, Bail à loyer, S. 97.

Ausmass der fraglichen Geschäftsführungshandlung zu würdigen.[456] Bei einer Gelegenheitsgesellschaft, die die gemeinsame Miete zum Zweck hat, handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung bei sämtlichen Geschäften, die die Begründung, Abänderung[457] (z.B. betreffend Parteien, Mietzins, Dauer, Mietobjekt oder Gebrauchszweck) oder Aufhebung des Mietvertrags zum Gegenstand haben, sowie Geschäfte, die den gemeinsamen Gebrauch der gemeinsamen Mietsache wesentlich einschränken, um ausserordentliche Geschäfte im Sinne von Art. 535 Abs. 3 OR.[458] Hierzu zählen etwa die Entscheide über die Ausübung der Wahlrechte bei einer Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung des Vertrags bei Übergabe der Sache i.S.v. Art. 258 OR,[459] die Herabsetzung eines missbräuchlichen Mietzinses (Art. 270a OR),[460] Änderungen und Erneuerungen der Mietsache (Art. 260a OR),[461] die Untervermietung (Art. 262 OR),[462] die Übertragung der Miete (Art. 263 OR),[463] die vorzeitige Rückgabe der Mietsache (Art. 264 OR),[464] die Ausübung von Optionsrechten oder die Kündigung der Miete.[465] Als ausserordentlich i.S.v. Art. 535 Abs. 3 OR werden im Allgemeinen auch die Entscheide zur Prozessführung erachtet (z.B. Mietzinsanfechtungen oder die Einleitung eines Kündigungsschutzverfahrens).[466]

456 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 534–535 OR N 27; vgl. auch Urteile des BGer 4C.191/2003 vom 15. Juni 2004 E. 2.2 (übersetzt in Pra 2005 Nr. 65, S. 497 ff.); 4C.217/2006 vom 15. August 2007 E. 5.2.

457 Vgl. DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 97, wonach es sich insbesondere bei der die Ausübung von Gestaltungsrechten um ausserordentliche Handlungen handelt.

458 So im Ergebnis auch DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 190, jedoch mit der rechtlich nicht überzeugenden Begründung, dass es sich hierbei um Änderungen des Gesellschaftsvertrags handelt (Grundlagengeschäft). Vielmehr betreffen diese Entscheide unmittelbar nur das Aussenverhältnis; vgl. auch SCHMID HANS, S. 351 f. und PERMANN, OFK, Vor Art. 253–274g OR N 75, welche beide den Abschluss und die Auflösung nennen, nicht aber die Abänderung.

459 DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 96; SCHMID HANS, S. 356, der präzisiert, dass nur für die Ausübung von Gestaltungsrechten gilt. Solange die Vertragserfüllung verlangt wird, ist dieses Geschäft nach seiner Auffassung noch von der ordentlichen Einzelgeschäftsführungsbefugnis erfasst; WEBER ROGER, Die gemeinsame Miete, S. 100 f.

460 SCHMID HANS, S. 357; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 97 f.; MICHELI, S. 11; MONTINI/WAHLEN, Droit du bail, Art. 270a OR N 18; WEBER ROGER, Die gemeinsame Miete, S. 132.

461 DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 96; MICHELI, S. 11; WEBER ROGER, Die gemeinsame Miete, S. 140 und 142.

462 DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 96; MICHELI, S. 11.

463 Urteil des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.4.1; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 97; MICHELI, S. 11.

464 Urteil des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.6; MICHELI, S. 11.

465 Zum Ganzen: DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 190 f.; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 96 ff.; LACHAT, Bail à loyer, S. 97; vgl. auch BLUMER, Rn. 836 betreffend die Kündigung des Mietvertrags.

466 Vgl. zur Prozessführung im Allgemeinen: Urteil des BGer 5A_137/2010 vom 21. Mai 2010 E. 5.3; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 535 OR N 87. vgl. zur Anfechtung des Anfangsmietzinses

Im Übrigen können die Mitmieter als Gesellschafter im Rahmen der Einzelgeschäftsführungsbefugnis über Geschäfte entscheiden und die Gesellschaft gegenüber dem Vermieter vertreten (vgl. Art. 543 Abs. 3 OR). Gemäss Art. 535 Abs. 2 OR steht den Mitgesellschaftern jedoch eine Vetomöglichkeit offen.[467] Hierzu gehören nach der hier vertretenen Auffassung zunächst diejenigen Entscheide und Handlungen, die die gehörige Vertragserfüllung durch den Vermieter bezwecken.[468] So steht es jedem Mieter frei, dem Vermieter Mängel anzuzeigen und deren Beseitigung zu verlangen.[469] Ebenfalls jedem Mieter steht es zu, die kleinen Reinigungen und Ausbesserungen i.S.v. Art. 259 OR vorzunehmen oder für die Gemeinschaft vornehmen zu lassen.[470] Bei Mängeln i.S.v. Art. 259a Abs. 1 OR können die Mieter unbeweglicher Sachen überdies den Mietzins hinterlegen (vgl. Art. 259a Abs. 1 OR). Um ordentliche Geschäftsführungshandlungen handelt es sich bei den vorprozessualen Vorkehrungen der Hinterlegung und die Hinterlegung selbst (z.B. Fristansetzung; vgl. Art. 259g OR).[471] Für die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche der Mieter, namentlich der Hinterlegung i.S.v. Art. 259h OR, ist demgegenüber die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erforderlich.[472] Weiter ist jeder Mieter als Gesellschafter im Rahmen von Art. 535 Abs. 1 OR befugt, über allgemeine Verwaltungshandlungen zu entscheiden und die Gesellschaft gegenüber dem Vermieter zu vertreten. Hierzu gehört etwa die mieterseitige Prüfung der An- oder Abnahme der Wohnung und die Führung des Abgabeprotokolls.[473] In

im Besonderen: LACHAT, Bail à loyer, S. 97; siehe jedoch zur Legitimation einzelner Mitmieter zur Einleitung des Kündigungschutzverfahrens i.S.v. Art. 273 OR hinten, S. 212 ff.

467 SCHMID HANS, S. 351; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 69.

468 SCHMID HANS, S. 356; ähnlich im Ergebnis auch SCHMID JÖRG, S. 34, und LACHAT, Bail à loyer, S. 99, die jedoch mit der Unteilbarkeit der vom Vermieter geschuldeten Leistung i.S.v. Art. 70 OR argumentieren. LACHAT, a.a.O., äussert sich näher zum Verhältnis zu Art. 544 Abs. 1 OR und macht geltend, wenn man den Vorrang dieser Bestimmung gegenüber Art. 70 Abs. 1 OR bejahe, müssten die Mitmieter namentlich im Rahmen der Mängelhaftung gemeinsam vorgehen (z.B. gemeinsames Verlangen von Unterhaltsarbeiten). Nach der hier vertretenen Auffassung, welche sich auf die gegenseitige Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Mitmieter stützt, können diese allgemeinen Verwaltungshandlungen gestützt auf die gesetzliche Geschäftsführungsbefugnisse vermutungsweise einzeln in Vertretung der Gemeinschaft vorgenommen werden (vgl. Art. 535 Abs. 1 i.V.m. Art. 543 Abs. 3 OR).

469 Vgl. SCHMID HANS, S. 357; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 191; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 97; im Ergebnis auch SCHMID JÖRG, S. 34. Zu beachten ist, dass es derweil der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf, wenn die Mängelbeseitigung gerichtlich durchgesetzt wird: vgl. dazu soeben vorstehend, S. 105.

470 DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 191; LACHAT, Bail à loyer, S. 97 und 99.

471 SCHMID HANS, S. 357; LACHAT, Bail à loyer, S. 99; MICHELI, S. 11.

472 SCHMID HANS, S. 357; vgl. im Allgemeinen auch das Urteil des BGer 4C_236/2003 vom 30. Januar 2004 E. 2.1; vgl. zur Prozessführung als ausserordentliche Geschäftsführungshandlung: soeben vorstehend, S. 105.

473 DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 191.

diese Kategorie gehört etwa auch die Bestellung von Namensschildern oder der Entscheid, die Besichtigung der Mietsache durch den Vermieter zu gestatten.[474]

Die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter ist weiter auch dann nicht erforderlich, wenn die Rechtshandlung zwar über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgeht, aber Gefahr im Verzug liegt (vgl. Art. 535 Abs. 3 OR).[475] Als «Rechtshandlungen» im Sinne dieser Bestimmung sind «alle für die Gesellschaft rechtserheblichen Handlungen der Geschäftsführung zu verstehen».[476] Eine Dringlichkeit kann gegebenenfalls bejaht werden, wenn bei nicht rechtzeitiger Handlung die Verwirkung einer Frist droht (z.B. Einleitung eines Kündigungsschutzverfahrens oder Anfechtung einer Mietzinserhöhung).[477] Handelt ein einzelner Gesellschafter für die Gemeinschaft,[478] so hat er im Namen sämtlicher Gesellschafter vorzugehen.[479] Liegt eine Dringlichkeit vor, ist jeder Gesellschafter von Gesetzes wegen – aber nur solange die Dringlichkeit vorliegt –, allein zur Geschäftsführung befugt.[480] Die während einer Gefahrensituation getätigten Rechtshandlungen sind für die Gemeinschaft verbindlich, unabhängig davon, ob die übrigen Gesellschafter diese Handlung nachträglich genehmigen oder ablehnen.[481] Leitet ein einzelner Gesellschafter das Verfahren mittels Schlichtungsgesuch ein und fehlt – im Hinblick auf die weitere Prozessführung – eine Vollmacht (vgl. Art. 68 Abs. 3 ZPO), da der Gesellschafter aufgrund der Dringlichkeit ohne Einwilligung der anderen handelt, so hat die Schlichtungsbehörde den Parteien eine Frist anzusetzen, um diesen Mangel zu beheben (vgl. Art. 132 Abs. 1 ZPO).[482] Die Fristansetzung erfolgt mit der Androhung, dass das Gesuch im Unterlassungsfall als nicht erfolgt gelte.[483] Das Gesuch ist der Gegenpartei einstweilen nicht zuzustellen.[484] Wird der Mangel innert – gegebenenfalls erstreckter – Frist nicht

474 Vgl. LACHAT, Bail à loyer, S. 97.

475 Vgl. LACHAT, Bail à loyer, S. 98.

476 VON STEIGER, S. 392.

477 LACHAT, Bail à loyer, S. 97.

478 Vgl. zur ausnahmsweisen Einleitung eines Kündigungsschutzverfahrens durch einen Mitmieter in eigenem Namen: siehe hinten, S. 212 ff.

479 LACHAT, Bail à loyer, S. 97.

480 FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 535 OR N 238 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 534/535 OR N 37 f.; THOUVENIN, Rn. 485; vgl. zur vergleichbaren Rechtslage bei der Erbengemeinschaft: siehe hinten, S. 150.

481 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 535 OR N 39; a.M. STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO-Kommentar, Art. 70 ZPO N 54, welche ausführen, dass die getätigte Prozesshandlung unwirksam ist, sofern keine nachträgliche Zustimmung erfolgt.

482 Diese Bestimmung gilt auch für das Schlichtungsverfahren, auch wenn die Schlichtungsbehörde kein Gericht ist: SCHRANK, Rn. 368 m.w.H.; vgl. auch Urteil des BGer 5A_758/2016 vom 14. Februar 2017 E. 3.3.

483 SCHRANK, Rn. 369 m.w.H.

484 SCHRANK, Rn. 369; STAEHELIN, ZPO-Kommentar, Art. 132 ZPO N 4.

beseitigt, so gilt das Gesuch als nicht gestellt, ist dem Gesuchsteller zu retournieren[485] und begründet folglich keine Rechtshängigkeit.[486]

III. Mehrere Mieter im Erbfall

Ein Mietvertrag mit mehreren Mietern entsteht von Gesetzes wegen auch dann, wenn ein einfacher Mieter verstirbt und die aus zwei oder mehreren Personen bestehende Erbengemeinschaft qua **Universalsukzession** in das Mietverhältnis eintritt (vgl. Art. 560 ZGB). Vorbehältlich einer abweichenden Vereinbarung **beendet der Tod des Mieters das Mietverhältnis nicht.** Der Mietvertrag wird grundsätzlich mit den Erben des Mieters fortgesetzt.[487] Der Vermieter hat folglich die vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen des Mietverhältnisses, insbesondere die Kündigungsbestimmungen, zu beachten.[488]

Beerben mehrere Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, infolge des Erbganges eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft (sog. Erbengemeinschaft; Art. 602 Abs. 1 ZGB). Sie werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse gemeinsam über die Rechte der Erbschaft (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Wie an anderer Stelle im Einzelnen besprochen wird, kommt den Erben ein besonderes vorzeitiges Kündigungsrecht zu (vgl. Art. 266i OR).[489]

Zu beachten ist, dass sich eine Erbengemeinschaft dazu entscheiden kann, die Gemeinschaft in Form einer einfachen Gesellschaft i.S.v. Art. 530 OR fortzusetzen. Voraussetzung der **Umwandlung in eine einfache Gesellschaft** ist, dass die Betroffenen die fortgesetzte Erbengemeinschaft aufheben und als einfache Gesellschaft weiterführen wollen. Für eine konkludente Vereinbarung ist erforderlich, dass der Zweck des Zusammenwirkens der Miterben objektiv erkennbar über die blosse Nachlassliquidation hinausgeht.[490]

---

485 SCHRANK, Rn. 371 m.w.H.; STAEHELIN, ZPO-Kommentar, Art. 132 ZPO N 4; vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PA130004 vom 14. Februar 2013 E. 3, in: CAN 2013 Nr. 63, S. 160; FREI, BK ZPO, Art. 132 N 25.

486 Siehe dazu näher hinten, S. 233 f.

487 Vgl. BGE 115 II 258 E. 3a; Urteile des BGer 4C.397/2013 vom 11. Februar 2014 E. 3.3 m.w.H.; 4C.149/2004 vom 18. Mai 2004 E. 3; 4C.252/2005 vom 6. Februar 2006 E. 3; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266i OR N 14.

488 Urteil des BGer 4A_397/2013 vom 11. Februar 2014 E. 3.3.

489 Siehe hinten, S. 177 ff.

490 Vgl. Urteile des BGer 5A_927/2017 vom 8. März 2018 E. 6; 5A_392/2017 vom 24. August 2017 E. 2.2 m.w.H.; 5A_304/2015 vom 23. November 2015 E. 3.4; a.M. MICHELI, S. 16, der infolge des blossen Zeitablaufs von einer (automatischen) Umwandlung ausgeht, wenn die Erben den Mietervertrag nicht gestützt auf Art. 266i OR künden.

2. Kapitel: Mitmieterschaft bei vorbestehender relevanter Rechtsbeziehung

I. Ausgangslage und typische Fälle

In gewissen Fällen besteht zwischen der künftigen Mietergemeinschaft bereits eine relevante Rechtsbeziehung.[491] Zu denken ist etwa an das **Konkubinatspaar,** das sich bereits zu einer einfachen Gesellschaft verdichtet hat[492] und gemeinsam eine neue Wohnung mietet, die **Geschäftspartner,** die gemeinsame Räumlichkeiten hinzumieten, oder **Ehegatten,** die einen gemeinsamen Vertrag abschliessen.

In diesen Fällen liegt eine vorbestehende Rechtsbeziehung vor, und es ist zu klären, inwiefern diese für die spätere gemeinsame Miete eines Objekts bedeutsam ist.

II. Gemeinsame Miete von Ehegatten

1. Vorbemerkungen

Wie gesehen ändern die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft grundsätzlich nichts an der Rechtszuständigkeit. Ehegatten oder eingetragene Partner werden mit anderen Worten **nicht von Gesetzes wegen zu Rechtsgemeinschaften.** Schliesst nur ein Ehegatte oder eingetragener Partner den Mietvertrag ab, entsteht grundsätzlich ein einfacher Mietvertrag. Der andere Gatte oder Partner wird nicht Mietpartei.

Anwendbar sind derweil die Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung, die auch dem Nichtmieter bestimmte Rechte einräumen (Art. 169 ZGB; Art. 266m und Art. 266n OR). Bei gemeinsam mietenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partnern nicht anwendbar ist nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Bestimmung von Art. 273a OR.[493]

Mieten Ehegatten oder eingetragene Partner gemeinsam, ist zu prüfen, nach welchen Regeln sich das Innenverhältnis bestimmt.

491 Vgl. MICHELI, S. 6; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 26.

492 Vgl. dazu etwa BGE 108 II 204 E. 4a.

493 BGE 145 III 281 ff.; siehe hinten, S. 214 f.

2. Gesellschaftsverhältnisse zwischen Ehegatten und Partnern

2.1. Familienrechtliche Perspektive

a *Vertragliche Gestaltungsfreiheit*

Gemäss Art. 168 ZGB kann jeder Ehegatte mit dem anderen oder mit Dritten Rechtsgeschäfte abschliessen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Diese Bestimmung gewährt den Ehegatten und eingetragenen Partnern untereinander und zu Dritten weitgehende vertragliche Gestaltungsfreiheit.[494] In den Schranken der Rechtsordnung[495] können Ehegatten frei wählen, ob sie ein bestimmtes Ziel mit **familien-, obligationen- oder sachenrechtlichen Mitteln** erreichen wollen.[496] Mithin ist die Bildung einer einfachen Gesellschaft zwischen Ehegatten oder eingetragenen Partnern im Rahmen der privatautonomen Gestaltungsfreiheit grundsätzlich zulässig.

b *Ausdrückliche oder stillschweigende Gesellschaftsbildung*

In der Lehre und Rechtsprechung wird mit Bezug auf die Gesellschaftsbildung im Allgemeinen zwischen der ausdrücklichen und konkludenten Gesellschaftsbildung unterschieden. Der Abschluss eines **ausdrücklichen** Gesellschaftsvertrags im Unterschied zur – nachfolgend behandelten – stillschweigenden Begründung ist im Rahmen der privatautonomen Gestaltungsfreiheit **auch zu ehelichen Zwecken** möglich.[497] Die Zulässigkeit von Ehegattengesellschaften zum Zweck des Erwerbs sowie des Haltens, Verwaltens und Nutzens von Grundeigentum wird in der Lehre und Rechtsprechung im Übrigen nicht infrage gestellt.[498] So ist es im Allgemeinen anerkannt, dass die Ehegatten wählen können, ob sie Grundeigentum in Form von Mit- oder als einfache Gesellschaft in Form von Gesamteigentum erwerben wollen.[499] Unerheblich ist, ob es sich bei der betreffenden Liegenschaft um eine Familienwohnung oder eine sonstige eheliche Wohnung handelt.[500]

494 ISENRING/KESSLER, BSK ZGB, Art. 168 ZGB N 1.

495 Vgl. zur Vertragsfreiheit im Eherecht und den Schranken: HOHL, S. 21 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 168 ZGB N 16 ff.

496 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 168 ZGB N 15; SCHWAGER, S. 210 f.

497 HOHL, S. 85 in Fn. 305; DUSSY, S. 59; SCHWAGER, S. 211.

498 Vgl. etwa HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 530 OR N 121; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 273; FELLMANN, Grundfragen, 304 f.; HASENBÖHLER, ZK, Art. 168 ZGB N 42 f.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK Vor Art. 221 ff. ZGB N 40 ff.; HOHL, S: 105 ff.; im Ergebnis auch THOUVENIN, N 414; SCHWAGER, S. 214; vgl. auch der jüngeren Rechtsprechung etwa Urteil des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 3.3.

499 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 168 ZGB N 15; SCHWAGER, S. 214 f.

500 So ausdrücklich: PRADERVAND-KERNEN, S. 347.

c Stillschweigende Gesellschaftsbildung – nur zu «eheneutralen Zwecken»

Die Ehe ist in gewisser Hinsicht wie die einfache Gesellschaft ein Zusammenschluss von Personen, die in der Regel einen gemeinsamen Zweck verfolgen.[501] Da die Wirkungen der Ehe gesetzlich normiert sind, wird in der Lehre[502] und andeutungsweise auch vom Bundesgericht[503] – in Anlehnung an die deutsche Lehre und Rechtsprechung[504] – für eine **stillschweigende oder unbewusste Begründung** eines Gesellschaftsverhältnisses im Allgemeinen verlangt, dass ein Zweck verfolgt wird, der über die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht (sog. **eheneutraler Zweck**).

Die Meinungen dazu, was ein «eheneutraler» oder ein «ehelicher» Zweck ist, gehen in der Lehre und Rechtsprechung auseinander.

1. Art. 168 ZGB wird von einem Teil der Lehre in dieser Hinsicht restriktiv ausgelegt. HASENBÖHLER macht geltend, dass keine einfache Gesellschaft entsteht, wenn die Ehegatten Zwecke verfolgen, die der Ausgestaltung und damit Konkretisierung der Ehe dienen, sondern nur solche, deren **«Verwirklichung auch ausserhalb der Ehe Sinn macht»**.

   HASENBÖHLER führt als Beispiele Ehegatten an, die gemeinsam Produkte vertreiben oder Strafklage einreichen, aber auch Ehegatten, die gemeinsam ein Grundstück kaufen und anschliessend überbauen.[505] Ohne Einschränkung erachtet es HASENBÖHLER im Rahmen dieser zulässigen Zweckverfolgung jedoch auch für möglich, dass Ehegatten an Vermögenswerten Gesamteigentum begründen.[506]

   Mit Bezug auf die gemeinsame Miete durch Ehegatten konkretisiert HASENBÖHLER in einem früheren Aufsatz mit Verweis auf WEBER, dass gemeinsam mietende Ehegatten in der Regel keine einfache Gesellschaft

501 Vgl. HOHL, S. 84.

502 HOHL, S. 84; HASENBÖHLER, ZK, Art. 168 ZGB N 42; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB, Art. 168 ZGB N 15; BARRELET, Droit matrimonial, Art. 168 ZGB N 8; vgl. auch FELLMANN, Grundfragen, S. 304 f.; vgl. weiter auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 165 ZGB N 43.

503 Urteil des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 3.4.

504 Vgl. statt vieler: Urteil des Bundesgerichtshofs XII ZR 132/93 vom 26. April 1995 E. 2a m.w.H., in: NJW 1995, 3383 ff.: „[D]ie Begründung einer Ehegatteninnengesellschaft – durch schlüssiges Verhalten – [kommt] in Betracht […], wenn Eheleute abredegemäss durch beiderseitige Leistungen einen über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen, indem sie etwa durch Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistungen gemeinsam ein Unternehmen aufbauen oder gemeinsam eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben.»

505 HASENBÖHLER, ZK, Art. 168 ZGB N 42.

506 HASENBÖHLER, ZK, Art. 168 ZGB N 42.

bilden, sondern eine sog. schlichte Vertragsgemeinschaft.[507] In den meisten Fällen lasse sich der durch den gemeinsamen Vertragsschluss zu erreichende Zweck nicht aus der Zielsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft aussondern. Wenn Eheleute „[…] eine Wohnung mieten, Einrichtungs- und Gebrauchsgegenstände kaufen oder auch zusammen ein Darlehen aufnehmen, so hat […] der durch solche Vertragsschlüsse anvisierte Zweck für die beiden Partner kein Eigengewicht, sondern gliedert sich ein in die umfassende Zielsetzung der Herstellung und Durchführung der ehelichen Lebensgemeinschaft.»[508] Ein Teil der neueren Lehre verweist auf HASENBÖHLER, ohne ihr Verständnis von Eheneutralität näher zu konkretisieren.[509]

2. Für ein enges Verständnis von «ehelichen» Zwecken – und damit für einen weiteren Anwendungsbereich des Gesellschaftsrechts – plädieren HOHL sowie HAUSHEER, REUSSER und GEISER. HOHL geht im Zusammenhang mit der Bildung von Gesellschaften zwischen Ehegatten zwar vom Erfordernis der Verfolgung eines eheneutralen Zwecks aus, will den Begriff des ehelichen Zwecks jedoch eng fassen. Der eheliche Zweck beinhalte nur die **Kernelemente des ehelichen Lebens,** namentlich den Unterhalt, das Obdach, Treue und Beistand sowie die Nachkommenschaft.[510] Nach HOHL soll im Zweifel von einem eheneutralen Zweck ausgegangen werden, um den Ehegatten eine weitgehende privatrechtliche Gestaltungsautonomie offen zu lassen.[511]

   Ähnlich eng verstehen HAUSHEER, REUSSER und GEISER diesen Begriff. Verlangt ist nach diesen Autoren, dass sich der Gesellschaftszweck nicht ausschliesslich in der Lebensgemeinschaft selbst, und insbesondere im gemeinsamen Führen eines Haushalts, erschöpft. Da die Wirkungen der Ehe gesetzlich geregelt sind, kann ein Gesellschaftsverhältnis nach diesen Autoren nur angenommen werden, wenn ein Zweck verfolgt wird, der nicht bereits von Gesetzes wegen zur Ehe gehört.[512] HAUSHEER,

507 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 94; HASENBÖHLER, MRA 1995, S 230; ähnlich GUICHARD, S. 50, der die Konstruktion der einfachen Gesellschaft bei mietenden Ehegatten grundsätzlich ablehnt.

508 HASENBÖHLER, Mitwirkung, S. 36.

509 Vgl. exemplarisch ISENRING/KESSLER, BSK ZGB, Art. 168 ZGB N 15.

510 HOHL, S. 86.

511 HOHL, S. 86.

512 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 165 ZGB N 43; vgl. auch Vor Art. 221 ZGB N 42, wonach die Anforderungen an den ausserhalb der ehelichen Gemeinschaft liegenden Zweck «nicht zu hoch» angesetzt werden solle; ähnlich PICHONNAZ, Commentaire Romand, Art. 165 ZGB N 51; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 500.

REUSSER und GEISER grenzen damit im Wesentlichen die eheliche von der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ab, die allenfalls eine einfache Gesellschaft darstellen kann. Das Verständnis der Eheneutralität ist eng, da die genannten Autoren anders als HASENBÖHLER und ähnlich wie HOHL im Wesentlichen lediglich die Tatsache der Lebensgemeinschaft an sich als unzulässigen Zweck erachten.

3. Die wenige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage ist uneinheitlich.
   - In den Urteilen des Bundesgerichts 5A_540/2011 vom 30. März 2012 E. 6.1.1 und 5A_881/2018 vom 19. Juni 2019 E. 3.1.1.2 stützt sich das Gericht im Wesentlichen auf HAUSHEER, REUSSER und GEISER sowie HOHL und führt im Zusammenhang mit der zulässigen Zweckverfolgung aus: «Entre époux, le but de la société ne doit cependant pas s'épuiser en la réalisation des buts du mariage.»
   - In Urteil 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 legt das Gericht Art. 168 ZGB im Zusammenhang mit der unbewussten Gesellschaftsbildung demgegenüber i.S.v. HASENBÖHLER restriktiv aus. Es führt aus, dass zur konkludenten Bildung einer einfachen Gesellschaft erforderlich sei, «dass Umstände vorliegen, welche auf die Zielvorstellung der Ehegatten hinweisen, über die in der Ehe gründende gemeinsame Sachnutzung hinaus eine besondere rechtliche Bindung gesellschaftlicher Art zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und Mitteln einzugehen». Das Gericht erachtet es als relevant, ob der gemeinsame Kauf einer Liegenschaft zu Miteigentum darauf gerichtet ist, die Bedürfnisse der Familie zu decken, um insbesondere eine Familienwohnung zu begründen, oder nicht.[513]

2.2. Die miet- und gesellschaftsrechtliche Perspektive

Ähnlich wie in der familienrechtlichen Literatur wird auch in der mietrechtlichen Lehre diskutiert, welche Lebensbereiche vom Eherecht geregelt sind und in welchem Ausmass das Konstrukt der einfachen Gesellschaft i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR zwischen Ehegatten bei der gemeinsamen Miete zuzulassen ist:

1. In der mietrechtlichen Literatur teilen HIGI und BÜHLMANN sinngemäss die Auffassung von HASENBÖHLER. Danach bestimmt vorab das Eherecht das Innenverhältnis der Ehegatten. Ehegatten bilden bei der gemeinsamen Miete keine einfache Gesellschaft. Das Innenverhältnis ist nicht von einem animus societatis geprägt, sondern vom Willen zur Führung einer

513 Urteil des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 3.4 und 3.5.

Lebensgemeinschaft.[514] HIGI und BÜHLMANN fügen präzisierend an, das Recht der einfachen Gesellschaft sei lediglich ergänzend beizuziehen.[515]

Nach HANS SCHMID vermögen diese Stimmen nicht zu erklären, wie sonst das Innenverhältnis zu qualifizieren ist, da weder das Institut der Ehe noch das Güterrecht dieses regle.[516] Wie auch PERMANN zustimmend ausführt,[517] sei aufgrund von Art. 168 ZGB davon auszugehen, dass jeder Ehegatte mit dem anderen oder mit Dritten Rechtsgeschäfte abzuschliessen befugt ist. Dementsprechend können sich Eheleute im Rahmen von Art. 168 ZGB auch zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen. Eine allgemeine Anwendung der Regeln der einfachen Gesellschaft befürworten insbesondere auch BOHNET und DIETSCHY-MARTENET, PÜNTENER und MAAG.[518] Die Gesellschaft ist allerdings atypisch, da die gesellschaftsrechtliche Regelung vom Eherecht überlagert wird.[519]

2. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird betreffend die Ehegattengesellschaft in erster Linie diskutiert, ob das blosse Halten, Verwalten und Nutzen einer Sache einen zulässigen Zweck i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR darstellt. Die gemeinsame Miete von Ehegatten wird – soweit ersichtlich – nicht näher thematisiert.

Die herrschende Lehre zum Gesellschaftsrecht lehnt es aufgrund des «statischen» Zwecks nach wie vor ab, solche Personenverbindungen als Gesellschaften anzuerkennen. Vorausgesetzt sei vielmehr die Verfolgung eines «dynamischen» Zwecks.[520] Die Zulässigkeit von Ehegattengesellschaften zum Zweck des Erwerbs sowie des Haltens, Verwaltens und Nutzens von Grundeigentum wird jedoch nicht infrage gestellt.[521]

---

514 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 136; ähnlich auch MICHELI, S. 6; so wohl auch ROHRER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 253-273c OR N 13, der zwischen den Ehegemeinschaften und einfachen Gesellschaften unterscheidet.

515 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 136.

516 HANS SCHMID, S. 350 f.

517 PERMANN, OFK MIETRECHT, Vor Art. 253-274g OR N 77; PERMANN, mp 1997, S. 201.

518 BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 26: «Il convient de retenir le principe de manière générale pour tous les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux.»; PÜNTENER, Mietrecht für die Praxis, S. 21; MAAG, S. 114 ; so auch FUCHS, S. 28, ohne nähere Erläuterungen; vgl. ähnlich JACQUEMOUD ROSSARI, S. 98;

519 SCHMID HANS, S. 350 f.

520 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, OR 530 N 39; MEIERHAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 27; FURRER, S. 60 und 128; VON STEIGER, S. 330 ff.; VISCHER, S. 565; eingehend THOUVENIN, N 412 f.; a.M. FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 112 f.; FELLMANN, Grundfragen, S. 303 f.

521 Vgl. etwa HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 530 OR N 121; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 273; FELLMANN, Grundfragen; S. 304 f.; HASENBÖHLER, ZK, Art. 168 ZGB N 42 f.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK Vor Art. 221 ff. ZGB N 40 ff.; HOHL, S. 105 ff.; WOLF, S. 55; im Ergebnis auch THOUVENIN, N 414; SCHWAGER, S. 214; vgl. auch der jüngeren Rechtsprechung etwa Urteil des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 3.3.

3. Schlussfolgerung

Gemäss Art. 168 steht es den Ehegatten – in den Schranken der Rechtsordnung – frei, gemeinsam Verträge zu schliessen. Der Wortlaut der Bestimmung enthält keine Einschränkung mit Bezug auf die Arten von Verträgen, die untereinander geschlossen werden können. Die Bildung von Gesellschaftsverhältnissen wird nach der einhelligen Lehre und der Rechtsprechung als zulässig erachtet, wobei die Entstehung der Gesellschaft nach den allgemeinen Vertragsregeln zu prüfen ist.

Mit HAUSHEER, REUSSER und GEISER sowie HOHL erscheint es überzeugend, den Begriff des **«eheneutralen Zwecks» weit auszulegen.** Ein Gesellschaftsverhältnis ist nur dann nicht anzunehmen, wenn ein Zweck verfolgt wird, der bereits von Gesetzes wegen zur Ehe gehört, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Nach der Botschaft zum neuen Eherecht erfüllt die Ehe seit jeher drei wesentliche Aufgaben: „[i] eine natürliche, die Verbindung von Mann und Frau und die Erhaltung des menschlichen Geschlechts; [ii] eine wirtschaftliche, die Sorge für Nahrung und Obdach für die Familienangehörigen; [iii] eine geistig-sittliche, die Pflege der Lebensgemeinschaft der Ehegatten und die Erziehung der Kinder.»[522] Bei der Definition der Ehe als Gemeinschaft geht es im Wesentlichen um die **tatsächlichen Formen des ehelichen Lebens.** Betreffend die rechtliche Gestaltung der internen Beziehung sieht Art. 168 ZGB demgegenüber ausdrücklich vor, dass jeder Ehegatte mit dem anderen Rechtsgeschäfte abschliessen kann.
2. Mithin ist aufgrund des **offenen Wortlauts von Art. 168 ZGB** ein enges Verständnis von «ehelichen» Zwecken als nicht geboten. Beim Gesellschaftsvertrag handelt es sich um ein «Rechtsgeschäft» im Sinne dieser Norm.
3. Die Bezeichnung des Zwecks als «ehelich» dient im Zusammenhang mit der Ehe im Wesentlichen dazu, die eheliche von der **nichtehelichen Lebensgemeinschaft abzugrenzen,** die sich, je nach Umständen, zu einer einfachen Gesellschaft verdichten kann. Anders als in Fällen des Konkubinats wird damit sichergestellt, dass bei Ehegatten «ein auf längere Zeit beziehungsweise auf Dauer angelegtes Zusammenleben» nicht als einfache Gesellschaft qualifiziert wird.[523]

522 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, in: BBl 1979 II, S. 1191 ff., Ziff. 141.2.

523 Vgl. BGE 108 II 204 E. 2 zum Konkubinat.

4. Der Aspekt der ehelichen Gemeinschaft, unter einem gemeinsamen Obdach zu leben, findet seinen Ausdruck in Art. 162 ZGB. Die Bestimmung sieht vor, dass die Ehegatten die eheliche Wohnung gemeinsam bestimmen. Nach dem gesetzgeberischen Willen wohnen Ehegatten grundsätzlich zusammen. Art. 162 ZGB **beschränkt sich** jedoch **auf die (tatsächliche) Bestimmung der Wohnung durch die Ehegatten.** Die Bestimmung wirkt sich weder auf die mietvertraglichen Verhältnisse noch auf das Eigentum am Objekt aus.[524] Das Gesetz schreibt mit anderen Worten nicht vor, in welcher Form diese Wohnung beschafft werden soll und durch wen. Insbesondere ist es möglich, dass ein Ehegatte die eheliche Wohnung allein mietet. Schliessen die Ehegatten einen Mietvertrag gemeinsam ab und verfolgen sie den Zweck, gemeinsam zu mieten, handelt es sich um den gemeinsamen Abschluss eines Rechtsgeschäfts, das über die gesetzlichen Vorgaben des Eherechts hinausgeht und nach der hier vertretenen Auffassung einen «eheneutralen» Zweck darstellt. Nicht erfasst ist das (tatsächliche) gemeinsame Wohnen, das dem Institut der Ehe immanent ist, sondern nur der gemeinsame Abschluss des Rechtsgeschäfts, der den Vollzug – also sowohl die Übernahme der Sache als auch den auf Dauer angelegten Gebrauch – miteinschliesst (gemeinsame Miete). Wirken die Ehegatten rechtsgeschäftlich zusammen, handelt es sich grundsätzlich nicht um einen Bereich, der durch das Eherecht geregelt wird.
5. Dieses Verständnis von «eheneutral» **harmoniert** schliesslich **wertungsmässig mit der Rechtsprechung zu den gemeinsamen Erwerbsgeschäften.** In der Lehre und Rechtsprechung ist es im Allgemeinen anerkannt, dass Ehegatten zum Zwecke des gemeinsamen Erwerbs und/oder des Haltens von Grundstücken zu Mit- oder Gesamteigentum eine solche Gesellschaft begründen können, auch wenn sie die betreffende Liegenschaft anschliessend selbst bewohnen oder diese Liegenschaft als Familienwohnung dient.[525] Es wird insbesondere nicht infrage gestellt, dass sich Ehegatten bewusst – aber auch unbewusst – zum Zwecke des Erwerbs eines Grundstücks zu einer einfachen Gesellschaft formieren können, selbst wenn sie dieses anschliessend im Miteigentum halten und die einfache Gesellschaft aufgrund der Zweckerreichung aufgelöst wird.[526]

---

524 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 162 ZGB N 24-27; BRÄM, ZK, Art. 162 ZGB N 36-38; SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 162 ZGB N 9.

525 PRADERVAND-KERNEN, S. 347: «le but commun est d'assurer un logement de famille».

526 Illustrativ das Urteil des Obergerichts Zürich NP160016 vom 14. Juli 2017 E. 2.2; Urteil des BGer 4C.20/2020 vom 18. Juni 2002 E. 3.3; vgl. auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Vor Art. 221 ZGB, N 42 m.w.H. zu Lehre und Rechtsprechung.

Sofern ein «eheneutraler Zweck» verfolgt wird, können somit auch zwischen Ehegatten Gesellschaftsverhältnisse entstehen. Schliessen die Ehegatten beispielsweise einen Mietvertrag gemeinsam ab und verfolgen sie den Zweck, gemeinsam zu mieten, so schliessen sich die Ehegatten zu einer einfachen Gesellschaft i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR zusammen.

4. Verhältnis der gesellschaftsrechtlichen zu den eherechtlichen Normen

Ist die Möglichkeit der Bildung einer einfachen Gesellschaft zu eheneutralen Zwecken zu bejahen, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der gesellschaftsrechtlichen zu den eherechtlichen Normen. Autoren, die die Gesellschaftsgründung zwecks gemeinsamer Miete bejahen, führen einhellig aus, es handle sich um eine atypische Gesellschaft, da die gesellschaftsrechtliche Regelung **vom Eherecht überlagert** wird.[527]

Von hauptsächlicher Bedeutung ist das Verhältnis von Art. 166 ZGB zu den gesellschaftsrechtlichen Vertretungsregeln gemäss Art. 543 f. OR. Bei Art. 166 ZGB handelt es sich um zwingendes Recht.[528] Soweit es sich um «laufende Bedürfnisse der Familie» im Sinne dieser Bestimmung handelt, richtet sich die Vertretung nach Art. 166 Abs. 1 ZGB. Sofern und soweit übrige Bedürfnisse betroffen sind, ist gemäss Art. 166 Abs. 2 ZGB namentlich die Ermächtigung des anderen Gatten erforderlich. Im Unterschied zur gesellschaftsrechtlichen Ordnung ist Art. 166 ZGB im Übrigen sachlich auf Rechtsgeschäfte beschränkt, die die «familiäre Bedarfsdeckung» betreffen.[529]

Zu beachten ist, dass diese Bestimmung durchaus mit den gesellschaftlichen Regeln zur Vertretung verwandt ist. Eugen Huber gestaltete Art. 166 ZGB bewusst in Analogie zur gesellschaftsrechtlichen Vertretungsregelung und erkannte dem im Rahmen der Vertretungsbefugnis handelnden Ehegatten eine quasi «geschäftsführende» Stellung zu.[530]

Die sachliche Einschränkung ist jedoch im Zusammenhang mit der Ermächtigung nach Art. 166 Abs. 2 ZGB nicht relevant, da sich die Stellvertretung diesfalls so oder anders nach dem Recht der bürgerlichen Stellvertretung richtet (Art. 32 ff. OR). Liegt ein Gesellschaftsverhältnis zwischen Ehegatten vor, richtet sich die Vertretung nach den Art. 543 f. OR.[531] Der wesentliche Unter-

527 SCHMID HANS, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 349 ff., S. 350 f.

528 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 166 ZGB N 14.

529 Urteil des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002 E. 2.2; HASENBÖHLER, ZK, Art. 166 ZGB N 55 lit. c; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 166 ZGB N 35.

530 HASENBÖHLER, ZK, Art. 166 ZGB N 12 m.w.H.

531 Vgl. zum Nebeneinander dieser Bestimmungen das Urteil des BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002, in welchem das Gericht zunächst eine solidarische Haftung gestützt auf

schied zum bürgerlichen Stellvertretungsrecht liegt darin, dass die einfache Gesellschaft eine Kaskade der Vertretungsberechtigung enthält: Zunächst ergibt sich aus dem dispositiven Recht aufgrund der Gesellschafterstellung eine damit einhergehende Geschäftsführungsbefugnis (vgl. Art. 535 Abs. 1 OR). Aus dieser wiederum leitet sich eine besondere Vertretungsbefugnis ab.[532] Eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft oder sämtliche Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, wird vermutet, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen ist (Art. 543 Abs. 3 OR). Jedenfalls ist es gestützt auf diese Bestimmung möglich, dass die gesellschaftsrechtliche Vertretungsbefugnis eines Ehegatten weitergeht als das Vertretungsrecht nach Art. 166 ZGB.

Hinzuweisen bleibt im Übrigen darauf, dass – wie bei der einfachen Gesellschaft – auch im Eherecht gemäss Art. 166 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB eine Notbefugnis in Dringlichkeitsfällen besteht, wenn das Interesse der ehelichen Gemeinschaft keinen Aufschub des Geschäfts duldet und der andere Ehegatte wegen Krankheit, Abwesenheit oder ähnlichen Gründen nicht zustimmen kann. Wie im Recht der einfachen Gesellschaft (vgl. Art. 535 Abs. 3 OR) deckt das Notvertretungsrecht – solange die Dringlichkeit besteht – die getätigten Rechtshandlungen, weshalb eine nachträgliche Genehmigung nicht erforderlich ist.[533]

III. Gemeinsame Miete einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Hat sich eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bereits zu einer einfachen Gesellschaft verdichtet[534] und mieten die Lebenspartner gemeinsam eine (neue) Wohnung, so gelten für den Vertragsschluss die Bestimmungen der einfachen Gesellschaft, insbesondere die Bestimmungen zur Vertretung der Gesellschaft (Art. 543 f. OR) und zur solidarischen Haftbarkeit (Art. 544 Abs. 3 OR).[535] Gleich verhält es sich mit Personen, die aus anderen Gründen (z.B. geschäftlichen Gründen) bereits eine einfache Gesellschaft bilden und gemeinsam mieten.[536]

Art. 166 Abs. 1 ZGB verneint und anschliessend gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft prüft.

532 THOUVENIN, N 535 m.w.H.

533 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 166 ZGB N 78; HASENBÖHLER, ZK, Art. 166 ZGB N 58.

534 Betreffend die Frage, in welchen Fällen ein Konkubinat (unabhängig einer gemeinsamen Miete) eine einfache Gesellschaft darstellt, wird auf die Spezialliteratur verwiesen.

535 Siehe dazu insbesondere vorne, S. 91 ff.

536 Unterzeichnet ein Gesellschafter einen Mietvertrag im Namen aller Mitglieder, so verpflichtet damit nur diejenigen Personen, die im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bereits Gesellschafter waren (Urteil des BGer 4A_12/2012 vom 10. Juli 2012 E. 4; zusammengefasst in: ius.focus 2012 Nr. 210).

Im Einzelfall mittels Auslegung zu ermitteln ist, ob bei der gemeinsamen Miete die Fortsetzung der gleichen Gesellschaft mit einem neuen (erweiterten) Zweck vorliegt oder ob mit der Einigung über diesen neuen Zweck der gemeinsamen Miete eine zusätzliche Gelegenheitsgesellschaft gegründet wird.[537]

Die vorstehenden Teile haben gezeigt, wie der Mietvertrag mit mehreren Mietern entsteht und wie das Aussen- und Innenverhältnis zwischen den Parteien geregelt ist. Die nachstehenden Teile befassen sich mit dem Ende des gemeinsamen Mietvertrags und im Besonderen mit den Fällen, in denen zwischen den Mietern hinsichtlich der Beendigung des Mietvertrags Uneinigkeit besteht.

537 HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 OR N 44 ff.

4. Teil: Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags ohne Kündigung

Wie einfache Mietverträge werden gemeinsame Mietverträge in den meisten Fällen durch (ordentliche oder ausserordentliche) Kündigung aufgelöst.[538] Darauf ist im fünften Teil der Arbeit zurückzukommen.[539] Aufgrund des Vorliegens einer Parteiengruppe auf Mieterseite ergeben sich zahlreiche Besonderheiten, die in den nachfolgenden Ausführungen erörtert werden. Im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung ohne Kündigung liegt der Schwerpunkt der Arbeit auf den praktisch häufigsten Fällen der einvernehmlichen Aufhebung des Mietvertrags (1. Kapitel) und der vorzeitigen Rückgabe der Mietsache im Sinne von Art. 264 OR (2. Kapitel).[540]

Aufgrund der praktischen Bedeutung wird nachfolgend in beiden Kapiteln neben der vollständigen Beendigung der gemeinsamen Miete auch das Ausscheiden nur eines Mitmieters und die damit einhergehende Beendigung der gemeinsamen Rechtsposition erörtert (Vertragsänderung).[541]

1. Kapitel: Einvernehmliche Aufhebung des gemeinsamen Mietvertrags

I. Gesamthafte Aufhebung der gemeinsamen Miete

1. Übersicht

Wie jedes Vertragsverhältnis lässt sich auch der (befristete oder unbefristete) gemeinsame Mietvertrag mittels Vereinbarung gesamthaft aufheben.[542] Gemäss Art. 115 OR kann eine Forderung durch Übereinkunft ganz oder zum

538 THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 746.

539 Siehe hinten, S. 135 ff.

540 Nachfolgend nicht eingegangen wird auf die Beendigung des befristeten Mietvertrags, den Fall der objektiven Unmöglichkeit der Vertragserfüllung oder des Rücktritts. Für eine Übersicht über die Beendigungsgründe ohne Kündigung: THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 746.

541 Vgl. zu dieser Unterscheidung: WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 166.

542 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 12; THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 746; MICHELI, S. 14; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266a OR N 1f; ZANETTI, S. 60.

Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragschliessenden gewählt war. Nach der herrschenden Lehre[543] und ständiger Rechtsprechung[544] ist die Bestimmung über den Aufhebungsvertrag in Art. 115 OR analog auf den Vertrag zur Auflösung eines ganzen Vertragsverhältnisses anzuwenden. Dies gilt ohne Weiteres auch für gemeinsame Vertragsverhältnisse.[545]

2. Abschluss des gemeinsamen Aufhebungsvertrags

Der gemeinsame Mietvertrag besteht als einheitliches Rechtsverhältnis nur als Gesamtheit und für alle Beteiligten.[546] Die einvernehmliche Aufhebung des Vertragsverhältnisses ist daher nur wirksam, wenn der Aufhebungsvertrag **von sämtlichen Parteien des Mietvertrags abgeschlossen** wird und ein diesbezüglicher Konsens besteht.[547]

Im Hinblick auf den Abschluss des Aufhebungsvertrags kann prinzipiell auf die Ausführungen zum Zustandekommen des gemeinsamen Mietvertrags und zur Vertretung verwiesen werden.[548] Es gelten auch hier die allgemeinen Regeln der Vertragsentstehung (Art. 1 ff. OR). Ein Aufhebungsvertrag zwischen einer Person X und zwei Personen A und B kommt mithin dadurch zustande, dass die Personen A und B ihren Willen erklären, sei es als – separat oder gemeinsam – erklärte Anträge an die Person X oder als gemeinsame Annahme des von der Person X an A und B gerichteten Antrags auf Aufhebung des Mietvertrags. Wie beim Vertragsschluss liegen auch bei der Aufhebung eines Mietvertrags mit zwei Mietern drei Willenserklärungen vor.[549]

Ein Vertrag zur gesamthaften Aufhebung des Mietvertrags mit nur einzelnen Vertragsparteien entfaltet keine Wirkung. Verweigert beispielsweise die Person B den Abschluss eines gesamthaften Aufhebungsvertrags, kommt dieser nicht zustande, auch wenn der Vermieter X und die Person A mit einer Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags einverstanden sind.

543 AEPLI, ZK, Art. 115 OR N 16; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 12; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 266–266o OR N 41; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, Art. 12 OR N 9; ZANETTI, S. 61; abweichend PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253–274g OR N 96, der für eine direkte Anwendung von Art. 115 OR plädiert.

544 Vgl. Urteile des BGer 4A.49/2008 vom 9. April 2008 E. 2.1; 4C.185/2001 vom 16. November 2001 E. 2a; BGE 95 II 419 E. 2d.

545 Vgl. AEPLI, ZK, Art. 115 OR N 27.

546 Siehe dazu näher vorne, S. 35.

547 Vgl. AEPLI, ZK, Art. 115 OR N 27; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 13; MICHELI, S. 14; ZANETTI, S. 60; f.; zur Willensbildung im Innenverhältnis und der Vertretung: siehe vorne, S. 91 ff.

548 Siehe dazu vorne, S. 7 ff.

549 Siehe dazu vorne, S. 11 f.

Gestützt auf einen unwirksamen Aufhebungsvertrag tritt mangels Konsenses keine Aufhebungswirkung ein. Der Vertrag zeitigt mithin keine Wirkungen auf den Bestand des bestehenden Vertrags und dessen Obligationen.[550] Somit besteht der Mietvertrag unverändert fort.[551]

Der Aufhebungsvertrag kann im Übrigen mit einem **Gültigkeitsmangel** behaftet sein, auch wenn dieser Mangel nur eine der drei Willenserklärungen betrifft (z.B. Willensmangel).[552]

3. Wesentlicher Vertragsinhalt

Erforderlich ist eine Übereinkunft aller Beteiligten über die wesentlichen Vertragspunkte.[553] Die Übereinkunft über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte bedarf einer Einigung über den Aufhebungsgegenstand, also den aufzuhebenden Mietvertrag, und die Herbeiführung der Aufhebungswirkung.[554] Mit anderen Worten müssen die Parteien übereinkommen, das gesamte Mietverhältnis beenden zu wollen.[555]

— BÜSCHER weist darauf hin, dass Lehre und Rechtsprechung auch die Vereinbarung über den **Eintrittszeitpunkt** der Aufhebungswirkung als objektiv wesentlich erachten.[556] Folgt man der hier vertretenen Definition der objektiven Wesentlichkeit,[557] ist diese Auffassung abzulehnen, da bei fehlender Vereinbarung dispositives Gesetzesrecht besteht, das diesen Zeitpunkt regelt. Fehlt eine Vereinbarung über den Wirkungseintritt, beginnt die Wirkung des unter Abwesenden geschlossenen Vertrags gemäss

550 BÜSCHER, Rn. 733; vgl. auch HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 13; ZANETTI, S. 60; ausführlich zu den Folgen des unwirksamen Aufhebungsvertrags auf Dauerschuldverhältnisse: BÜSCHER, Rn. 774 ff.

551 Liegt ein unwirksamer Aufhebungsvertrag vor und schliesst der Vermieter einen Mietvertrag mit Dritten ab, stellt sich das Problem der Doppelvermietung: vgl. dazu TSCHUDI, SVIT-Kommentar, Vor Art. 258-259i OR N 5; GIGER HANS, BK, Art. 258 OR N 16; eingehend MINNIG, Mehrfache Verpflichtungsgeschäfte, S. 185 ff.

552 Siehe dazu sinngemäss die Ausführungen zum Abschluss des gemeinsamen Mietvertrags, oben S. 25 ff. Auch bei einem ungültigen Aufhebungsvertrag kann sich bei erfolgreicher Anfechtung die Problematik der Doppelvermietung stellen, sollte das Mietobjekt bereits weitervermietet worden sein.

553 BÜSCHER, Rn. 276.

554 BÜSCHER, Rn. 164-167 m.w.H.

555 BÜSCHER, Rn. 164-167. Bei einem unbefristeten Mietverhältnis über eine Wohnung kann etwa Folgendes vereinbart werden: *«Das Mietverhältnis zwischen den Parteien vom [Datum] über die [Bezeichnung der Wohnung] wird im Einvernehmen der Parteien per [Termin] beendet.»*

556 BÜSCHER, Rn. 174, namentlich m.H. auf ZANETTI, S. 61 und das Urteil des Deutschen Bundesarbeitsgerichts vom 17. Dezember 2009, 6 AZR 242/09, Rz. II.2.a).

557 Siehe dazu näher vorne, S. 10 f.

Art. 10 OR mit dem Zeitpunkt, an dem die Erklärung der Annahme zur Absendung abgegeben wurde (Abs. 1), oder, wenn eine ausdrückliche Annahme nicht erforderlich ist, bereits mit dem Empfang des Antrages (Abs. 2). Wird der Aufhebungsvertrag unter Anwesenden geschlossen, tritt die Vertragswirkung mangels anderslautender Vereinbarung sofort ein.[558]

— Ebenfalls nicht erforderlich ist ein Konsens über die **Einvernehmlichkeit** der Aufhebung.[559] Diese ergibt sich bereits daraus, dass sich die Parteien einigen, das Vertragsverhältnis beenden zu wollen.

Den Parteien steht es frei, **zusätzliche Vereinbarungen** für ihren Aufhebungsvertrag zu treffen.[560]

4. Auflösungszeitpunkt und Wirkung

Der Zeitpunkt, auf den die Aufhebung wirksam werden soll, ist **frei wählbar.** Der Mietvertrag kann per sofort aufgelöst werden oder auf einen beliebigen späteren Zeitpunkt. Die Parteien sind mit anderen Worten nicht an vertragliche oder gesetzliche Kündigungsfristen und -termine gebunden.[561]

Der Aufhebungsvertrag bewirkt, dass im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirkung alle mietvertraglichen Leistungspflichten der Parteien für die Zukunft erlöschen. Die **Abwicklungspflichten** erlöschen nicht. Entsprechend bleiben bspw. die Pflichten zur Rückgabe der Mietsache, die Erstellung der Nebenkostenabrechnung und die Rückerstattung bzw. Freigabe der Sicherheitsleistung bestehen. Ebenfalls bestehen bleiben die vertraglichen Restanzpflichten (z.B. noch nicht geleistete Mietzinsen). Die Abwicklungs- bzw. Restanzpflichten werden Inhalt des Liquidationsverhältnisses.[562]

558 BÜSCHER, Rn. 174; MÜLLER, BK, Art. 10 OR N 9 m.w.H.

559 Vgl. dazu BÜSCHER, Rn. 172 f., der ebenfalls diese Meinung vertritt, jedoch ausführt, es der wohl überwiegende Teil der Lehre halte diesen Vertragspunkt als objektiv wesentlich.

560 THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 746, welche als Beispiele die Regelung der Entschädigung für geschaffenen Mehrwert i.S.v. Art. 260a Abs. 3 OR nennt, die Tragung der Umzugskosten oder der Entschädigung des Vermieters für die ausserordentliche Instandstellung. Ebenfalls in Frage kommen die nähere Regelung der Räumung und Rückgabe der Mietsache, die Freigabe bzw. Rückerstattung von geleisteten Sicherheiten oder auch die Modalitäten der Abrechnung über die Nebenkosten und deren Bezahlung.

561 THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 746; ZANETTI, S. 61; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266a OR N 1 f. a.M. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 13, die von einem Abänderungsvertrag sprechen, wenn der Mietvertrag nicht per «sofort» aufgelöst wird (Verkürzung der Dauer); so wohl auch MÜLLER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 266-266o OR N 41.

562 ZANETTI, S. 62 f.; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 12; vgl. auch THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 746.

5. Form

5.1. Formfreiheit

Wird Art. 115 OR analog angewendet, so kann ein Vertragsverhältnis durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragschliessenden gewählt war, ausser die formlose Aufhebung ist gesetzlich ausgeschlossen (z.B. Art. 513 Abs. 1 ZGB).[563] Das heisst, der Aufhebungsvertrag ist **grundsätzlich formfrei** gültig, und zwar auch dann, wenn der betreffende Mietvertrag schriftlich abgeschlossen wurde.[564]

In der Regel schliessen die Parteien einen schriftlichen Aufhebungsvertrag, in dem sie neben der Aufhebung der gemeinsamen Miete auch die Abwicklungsmodalitäten regeln. Dies ist auch mittels eines mündlichen Vertrags möglich, in dem der Vermieter und die Mieter ausdrücklich übereinkommen, den gemeinsamen Mietvertrag auf einen bestimmten Zeitpunkt hin aufzuheben. Zum Beweis der Vertragsaufhebung ist es in jedem Fall zu empfehlen, die Aufhebungsvereinbarung schriftlich festzuhalten.[565]

An eine **konkludente Aufhebung** des gemeinsamen Mietvertrags sind hohe Anforderungen zu stellen, zumal durch die vertragliche Aufhebung der Miete auf die Kündigungsschutzvorschriften verzichtet wird.[566] Der Aufhebungswille muss aus den (konkludenten) Willensäusserungen sämtlicher Parteien eindeutig erkennbar sein.[567] Möglich ist auch eine Mischung aus ausdrücklichen und konkludenten Willenserklärungen. Beispielsweise erklärt die Mieterschaft ausdrücklich ihren Willen zur Aufhebung des Mietvertrags; die Einwilligung des Vermieters erfolgt jedoch konkludent (z.B. Abschluss eines Mietvertrags mit einem neuen Mieter). Dabei ist zu beachten, dass ein passives Verhalten im Allgemeinen nicht als Kundgabe eines rechtsgeschäftlichen Willens zu verstehen ist.[568] Namentlich entsteht kein konkludenter Aufhebungsvertrag durch blosses Schweigen auf eine nichtige oder unwirksame

563 Urteil des BGer 4C.14/2001 vom 26. März 2001 E. 1b; AEPLI, ZK, Art. 115 OR N 63; LOACKER, BSK OR, Art. 115 OR N 17. Zum gesetzlichen Ausschluss: Urteil des BGer 4A.49/2008 vom 9. April 2008 E. 2; AEPLI, ZK, Art. 115 OR N 17.

564 ZANETTI, S. 62.

565 THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 747.

566 ZANETTI, S. 62; vgl. auch Urteil des BGer 4C.185/2001 vom 16. November 2001 E. 2a.

567 Vgl. zur Rechtsprechung im Arbeitsrecht: Urteile des BGer 4P.77/2005 vom 27. April 2005 E. 2.2; 4A_563/2011 vom 19. Januar 2012 E. 4.1; 4A_673/2016 vom 3. Juli 2017 E. 3.1; ähnlich das Urteil des Obergerichts Zürich vom 7. März 1995, in: MRA 1995 S. 30, zu den (hohen) Anforderungen an den Aufhebungswillen bei der Aufhebung eines Mietvertrags.

568 Urteile des BGer 4C.228/2002 vom 18. Oktober 2002 E. 1.5; 4A_373/2014 vom 3. November 2014, je m.w.H.

Kündigung des Vermieters oder der Mieterschaft.[569] Erforderlich sind zusätzliche Umstände, die den behaupteten Erklärungsgehalt zu stützen vermögen.[570] In der Praxis dürfte die konkludente Aufhebung nur selten vorkommen. Eine konkludente Aufhebung des gemeinsamen Mietvertrags kann etwa vorliegen, wenn der Vermieter mit einem der bisherigen Mieter oder einem neuen Mieter einen einfachen Mietvertrag abschliesst.[571] Ähnlich wie beim konkludenten Vertragsschluss führt die vom Vermieter – ohne Stellung eines Nachmieters[572] – akzeptierte Rückgabe der Mietsache durch Übergabe und vorbehaltlose[573] Annahme sämtlicher Schlüssel zur Aufhebung des Mietvertrags.[574] Ein Aufhebungsvertrag kommt auch zustande, wenn die Parteien eine vorzeitige Kündigung – sei es vom Vermieter oder von der Mieterschaft – ausdrücklich und vorbehaltlos akzeptieren. Geht die vorzeitige Kündigung von der Mieterschaft aus, sind an den Nachweis des Aufhebungswillens des Vermieters hohe Anforderungen zu stellen, da der Vermieter damit namentlich auf die Stellung eines Ersatzmieters i.S.v. Art. 264 OR verzichtet.[575]

Bei **Familienwohnungen** ist eine «ausdrückliche» – also nicht blosse stillschweigende oder konkludente – Zustimmung der Ehegatten zur Aufhebung des gemeinsamen Mietvertrags zu verlangen (vgl. Art. 169 ZGB).[576] Die Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung sind mit Ausnahme von Art. 273a OR auch bei der gemeinsamen Miete anwendbar.[577]

569 Vgl. ZANETTI, S. 62; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266a OR N 1 f.; THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 747.

570 Vgl. Urteil des BGer 4C_228/2002 vom 18. Oktober 2002 E. 1.5.

571 Vgl. etwa FRANK/GIRSBERGER/VOGT/WALDER/WEBER, Frank et al., §15 N 22. Schliesst der Vermieter den einfachen Mietvertrag mit dem verbleibenden Mieter zu den gleichen Bedingungen ab, kann je nach Umständen auch auf eine konkludente Vertragsänderung hinsichtlich der Parteien geschlossen werden. Weicht der Vertragsinhalt ab, spricht dies eher für eine konkludente Aufhebung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses und einen Neuabschluss.

572 Geht die Initiative von den Mietern aus, ist der konkludente Abschluss eines Aufhebungsvertrags von der vorzeitigen Rückgabe i.S.v. Art. 264 OR abzugrenzen. Zur Abgenzung näher ZANETTI, S. 65 m.w.H.; THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 747, welche den Verzicht des Vermieters auf einen Ersatzmieter mit dem Abschluss einem Aufhebungsvertrag gleichsetzt.

573 Nicht vorbehaltlos ist die Rücknahme der Schlüsse etwa, wenn der Vermieter den Mietern ausdrücklich mitteilt, dass die Schlüsselrückgabe nicht von den Zahlungspflichten befreie und der Mietvertrag als weiterhin bestehend erachtet werde.

574 So auch BISE/PLANAS, Droit du bail, Art. 264 OR N 17; vgl. auch das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 20. Februar 1991 E. 2, in: ZMP 1991 Nr. 11; a.M. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 264 OR N 7b; zurückhaltend FERTIG, HAP, Rz. 9.23 f.

575 Zum Ganzen: Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. März 1994 E. 2c, in: mp 1995, S. 29 ff.; DELL'OLIVO-WYSS, S. 32; vgl. auch BÄTTIG, SVIT-Kommentar, Art. 264 OR N 9.

576 Vgl. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 71a; vgl. auch HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 14; THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 747.

577 Vgl. zu Art. 273a OR näher hinten, S. 214 f.

5.2. Schriftformvorbehalt

Vorbehalten bleibt jedoch auch bei der Aufhebungsvereinbarung die Bestimmung von Art. 16 OR.[578] Lässt der Vermieter den Mietern beispielsweise einen bereits unterschriebenen schriftlichen Aufhebungsvertrag zur Unterzeichnung zukommen, ist nach Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung anzunehmen, dass es zur Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags der Schriftform bedarf.[579]

In schriftlichen Mietverträgen befindet sich oftmals der **Vorbehalt, wonach «Änderungen und Ergänzungen» des Mietvertrags der Schriftform bedürfen.**[580] Fraglich ist, ob dieser Vorbehalt auch für die Aufhebung des Mietvertrags gilt. Die herrschende Lehre bejaht dies. So führt namentlich AEPLI aus, «der Ausdruck Abänderung umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch die gänzliche oder teilweise Aufhebung einer Obligation (oder eines ganzen Vertragsverhältnisses).»[581] Wurde die Schriftform nicht ausdrücklich für die «Aufhebung» des Mietvertrags vorbehalten, ist dieser Lehrmeinung nach der hier vertretenen Auffassung hinsichtlich der gesamthaften Aufhebung des gemeinsamen Mietvertrags nicht zu folgen.[582] Zur Begründung ist auf die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 12 OR hinzuweisen, wonach für Verträge, für die die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, diese Vorschrift auch für jede Abänderung gilt, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruch stehen. Der Anwendungsbereich von Art. 12 OR (Abänderung) wird gegenüber Art. 115 OR (Aufhebung) danach abgegrenzt, ob der «unter Einhaltung der Formerfordernisse abgeschlossene Vertrag immer noch, zumindest teilweise, in Kraft steht oder gemäss der betreffenden Vereinbarung der Parteien in seiner Gesamtheit

578 BÜSCHER, N 332.

579 Vgl. BGE 139 III 160 E. 2.6 (übersetzt in: Pra 2013 Nr. 106, S. 823 ff.); Urteil des BGer 4C.1/2000 vom 27. März 2000 E. 3a; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK OR, Art. 16 OR N 5 m.w.H.; STEHLE, Präjudizienbuch, Art. 16 OR N 3.

580 Vgl. ROHRER, MRA 2010, S. 19.

581 AEPLI, ZK, Art. 115 OR N 69; vgl. auch MÜLLER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 266–266o OR N 41; THANEI, Mietrecht für die Praxis, S. 747; SOMMER, MRA 2011, S. 169; so auch BÜSCHER, Rn. 329; SCHMIDLIN, BK, Art. 16 OR N 46; LOACKER, BSK OR, Art. 115 OR N 22; KILLIAS/WIGET, Handkommentar, Art. 115 OR N 9; ZOBL, Rn. 80; vgl. auch Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Januar 2010, in: ZMP 2011 Nr. 1.

582 So auch die arbeitsrechtlichen Urteile des BGer 4A_103/2010 vom 16. März 2010 E. 2.2: «Eine [Aufhebungsvereinbarung] unterliegt ungeachtet der im Vertrag für Ergänzungen und Abänderungen verlangten Schriftform keinerlei Formvorschriften»; so auch Urteil des BGer 4C.61/2006 vom 24. Mai 2006 E. 3.1; vgl. zur möglichen Formulierung, welche die Aufhebung des Mietvertrags mitumfasst SOMMER, MRA 2011, S. 170: «Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrags ebenso wie dessen Aufhebung bedürfen der Schriftform […]».

dahingefallen ist. Eine derartige Vertragsaufhebung kann formfrei erfolgen.»[583] Wird der gemeinsame Mietvertrag gesamthaft aufgehoben, ist ein Schriftformvorbehalt, der lediglich die «Abänderung oder Ergänzung» des Mietvertrags betrifft, nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu beachten.

Selbst wenn der herrschenden Lehre gefolgt wird und ein solcher Schriftformvorbehalt auch die gesamthafte Aufhebung erfasst, ist es möglich, dass die Parteien konkludent auf die Einhaltung der Form verzichten,[584] indem beispielsweise die Mieter das Mietobjekt i.S.v. Art. 267 OR zurückgeben und der Vermieter sämtliche Schlüssel vorbehaltlos zurücknimmt. Diesfalls ist im Bestreitungsfall nicht nur nachzuweisen, dass sich die Parteien über die vorbehaltene Form hinweggesetzt haben, sondern auch, dass die Parteien den Vertrag konkludent aufgehoben haben.[585] An den Nachweis einer konkludenten Aufhebung des Formvorbehalts sind hohe Anforderungen zu stellen, da sonst dessen Zweck ausgehöhlt würde.[586]

II. Einvernehmliches Ausscheiden eines Mitmieters (Vertragsänderung)

1. Übersicht und Problemstellung

Von besonderer praktischer Bedeutung ist beim Mietvertrag mit mehreren Mietern die Teilaufhebung des Mietvertrags in persönlicher Hinsicht. Die Entlassung eines Mieters aus dem Mietverhältnis wird etwa dann zum Thema, wenn von zwei Mitmietern einer auszieht und der andere im Mietobjekt verbleibt.[587] In dieser Konstellation stehen einander zum Teil **gegenläufige Interessen der beteiligten Parteien** gegenüber: Der ausziehende Mieter will in der Regel aus dem Mietvertrag befreit und aus der solidarischen Haftung entlassen werden. Der verbleibende Mieter will das Mietverhältnis weiterführen und ist in der Regel daran interessiert, dass der ausziehende Mitmieter im Innenverhältnis weiterhin seinen Beitrag an die Mietkosten leistet. Der Vermieter demgegenüber hat kein Interesse an einer Reduktion der Anzahl der Mieter, da diese ihm gegenüber in der Regel solidarisch haften.[588]

583 Urteil des BGer 4A.49/2008 vom 9. April 2008 E. 2.1; vgl. auch Urteil des BGer 5A_251/2010 vom 19. November 2010 E. 6.1.2. Vgl. auch LOACKER, BSK OR, Art. 115 OR N 20; JÄGGI, ZK, Art. 12 OR N 9.

584 Siehe dazu vorne, S. 116 f.

585 Vgl. SOMMER, MRA 2010, S. 45.

586 Gl.M. ROHRER, MRA 2010, S. 19.

587 Vgl. SCHMID JÖRG, S. 36 f.

588 Vgl. SCHRADER, Die Beendigung einer Wohngemeinschaft von Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 2010, S. 257 ff., S. 259.

Zur Lösung des Interessenkonflikts stehen verschiedene Mittel zur Verfügung. Zu unterscheiden sind im Wesentlichen einseitige Mittel (z.B. durch Kündigung oder Auflösung des Mietverhältnisses im Rahmen der Liquidation des Innenverhältnisses)[589] und einvernehmliches Vorgehen. Zunächst interessiert dieses letztere.

2. Abschluss eines Abänderungsvertrags

Bei übereinstimmenden Willenserklärungen der am Vertrag beteiligten Parteien kann der Mietvertrag mittels Abänderungsvertrags abgeändert und vereinbart werden, dass der Vertrag mit dem oder den verbleibenden Mietern fortgesetzt wird (z.B. in einem Nachtrag zum Mietvertrag).[590] Eine Vertragsänderung, die nicht mit allen, sondern nur mit bestimmten Parteien vereinbart wird, entfaltet mithin keine vertragsändernde Wirkung. Vorbehältlich einer abweichenden Vereinbarung im Mietvertrag besteht im Übrigen weder ein Anspruch des ausziehenden Mieters gegenüber dem Vermieter auf Abänderung des Mietvertrags noch ein Anspruch des verbleibenden Mieters auf Übernahme des Mietvertrags.[591] Selbstverständlich können die Mieter versuchen, das Ausscheiden eines Mieters mit anderen Mitteln zu kompensieren (z.B. Erhöhung des Mietzinsdepots oder Angebot einer zusätzlichen Sicherheit), um den Vermieter zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung zu bewegen.[592]

Wird die Zustimmung zum Ausscheiden von einem Vertragspartner verweigert und kommt kein Abänderungsvertrag zustande, verbleibt dem ausscheidungswilligen Vertragspartner nur die Möglichkeit, das Mietverhältnis gemeinsam mit dem Mitmieter anderweitig zu beenden (z.B. gemeinsame Kündigung) oder – falls der Mitmieter die Zustimmung verweigert – diesen durch Auflösung des der gemeinsamen Miete zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zur Mitwirkung zur Kündigung zu verpflichten.[593]

---

589 Dazu näher hinten, S. 182 ff.

590 Vgl. BLUMER, Rn. 837; LACHAT, Bail à loyer, S. 100 und 104; SCHMID HANS, S. 354; SCHMID JÖRG, S. 36; SCHRADER, S. 260; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 151; vgl. auch das Urteil des BGer 4A_507/2012 vom 19 Dezember 2012, Sachverhalt: «Par avenant au contrat de bail du 14 mai 2007 conclu avec le bailleur, Y. est devenue seule titulaire du bail, dès le 1er mai 2007».

591 LACHAT, Bail à loyer, S. 104; SCHMID HANS, S. 354; SCHMID JÖRG, S. 26; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 77. Insbesondere besteht auch bei Konkubinatspartnern kein Anspruch, im Trennungsfall analog Art. 121 ZGB die gerichtliche Übertragung des Mietvertrags zu verlangen (DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 107 m.w.H.: „[L]'un d'eux ne pouant toutefois être imposé au bailleur, même par le juge»; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 35).

592 Vgl. LACHAT, Bail à loyer, S. 105.

593 BLUMER, Rn. 837; eingehend zur sog. mittelbaren Auflösung des Mietverhältnisses: siehe hinten, S. 181 ff.

3. Form und konkludente Vertragsänderung

Vorbehältlich eines vertraglichen Schriftformvorbehalts i.S.v. Art. 16 Abs. 1 OR sind Vertragsänderungen jedoch **formlos gültig.**[594] Wie vorstehend erläutert, kann ein Schriftformvorbehalt ebenfalls mittels konkludenten Verhaltens aufgehoben werden, was jedoch nicht leichthin anzunehmen ist.[595] Zu Beweiszwecken halten die Vertragsparteien das einvernehmliche Ausscheiden des Mitmieters idealerweise schriftlich fest,[596] beispielsweise mittels eines Nachtrags zum Mietvertrag.

Zieht ein Mitmieter aus, ohne dass eine ausdrückliche Vereinbarung über die Teilaufhebung bzw. Vertragsänderung erfolgt ist, stellt sich die Frage, unter welchen Umständen von einer **konkludenten** Übernahme des Mietvertrags durch den verbleibenden Mieter beziehungsweise die **Befreiung des ausziehenden Mieters** aus dem Mietvertrag gesprochen werden kann. Wie bei der Vertragsaufhebung genügt ein bloss passives Verhalten des Vermieters und des verbleibenden Mitmieters nicht, um beim ausziehenden Mieter ein berechtigtes Vertrauen zu erwecken, sie seien mit einer Vertragsänderung einverstanden.[597] Zu keiner Vertragsänderung führt die allein vom ausziehenden Mieter gegenüber dem Vermieter ausgesprochene (nichtige) Kündigung[598] oder die blosse Kenntnisnahme des Vermieters vom anschliessenden Auszug aus dem Mietobjekt, etwa durch Mitteilung der Adressänderung oder Anpassung des Briefkastenschildes.[599]

594 Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK OR, Art. 12 OR N 3: «Art. 12 gilt nicht für die vertraglich vorbehaltene Form»; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 21; vgl. etwa Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG120001 vom 16. August 2012 E. 7.4.1 und. E. 7.4.2, wo das Gericht prüft und verneint, dass sich der hierzu erforderliche Willenserklärungen aus einem Telefongespräch oder einem Treffen ergeben hätten. Richtigerweise prüfte das Gericht keine konkludente Vertragsänderung, sondern, ob durch Auslegung der abgegebenen Erklärungen eine mündliche Vereinbarung zustande kam.

595 Dazu vorne, S. 113 f.

596 Vgl. LACHAT, Bail à loyer, S. 104.

597 Vgl. Urteil des BGer 4A_418/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 1.4; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG120001 vom 16. August 2012 E. 7.4.3; LACHAT, Bail à loyer, S. 104.

598 Siehe zur unwirksamen Teilkündigung hinten, S. 158 ff.; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 9. Dezember 1996, in: CDB 1997, S. 53, wo der Vermieter die Entlassung aus dem Mietverhältnis ausdrücklich ablehnte, da die verbleibende Mieterin keine ausreichenden Sicherheiten vorweisen konnte.

599 Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG120001 vom 16. August 2012 E. 7.4.3: «Selbst wenn die Berufungsklägerin eine Adressänderungsanzeige oder eine Mitteilung des Auszuges der Berufungsbeklagten erhalten oder gar von einer allfälligen Anpassung des Briefkastenschildes Kenntnis genommen haben sollte […], führte dies nach Ablauf einer gewissen Zeitdauer somit nicht automatisch zu einer Entlassung der Berufungsbeklagten 2 aus dem Mietverhältnis.»

Verlangt sind vielmehr ein aktives Verhalten oder andere Umstände, aus denen der ausziehende Mieter auf einen entsprechenden Vertragswillen der übrigen Beteiligten schliessen darf.[600] Vorausgesetzt ist hierfür, dass sich die **Parteien einvernehmlich abweichend vom ursprünglichen Vertrag verhalten.**[601] Für eine konkludente Vertragsänderung genügt für sich allein nicht, dass der Vermieter seine vertraglichen Forderungen nunmehr an den (solidarisch haftenden) verbleibenden Mieter richtet[602] oder die Briefkastenschilder auf Verlangen des verbleibenden Mieters anpasst.[603] Eine konkludente Einigung hat hinreichend deutlich aus dem Verhalten sämtlicher Parteien hervorzugehen.[604] Teilt derjenige, der aus dem Mietvertrag ausscheiden will, seinen Willen nicht ausdrücklich mit (z.B. mittels Teilkündigung), ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verlangen, dass er seinen Gebrauch der Sache mit Kenntnis des Vermieters vollständig aufgibt, namentlich sämtliche Schlüssel zurückgibt, und sowohl dem Vermieter als auch dem verbleibenden Mieter damit konkludent erklärt, dass er aus dem Mietverhältnis entlassen werden will. Aufseiten des Vermieters und des verbleibenden Mieters ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verlangen, dass sich diese nach der Kenntnisnahme des Auszugs so verhalten, als ob das Mietverhältnis nunmehr nur noch zwischen ihnen besteht (z.B. Vermieter richtet Schreiben einzig an den verbleibenden Mieter; dieser macht Rechte aus dem Mietvertrag alleine geltend, was der Vermieter akzeptiert [z.B. Mietzinsherabsetzung infolge Senkung des Referenzzinssatzes]). Aufseiten des Vermieters ist somit entscheidend, dass dieser den verbleibenden Mieter nach Kenntnisnahme vom Auszug des anderen Mieters wie einen einfachen Mieter behandelt und damit beiden Mietern konkludent zu verstehen gibt, dass die ausgezogene Person nicht mehr als Partei des Mietvertrags betrachtet wird.

III. Abgrenzung zu ähnlichen Phänomenen

1. Schulderlass zwischen dem Vermieter und dem ausziehenden Mieter

Die Vertragsänderung bedarf eines Konsenses sämtlicher Parteien. Davon abzugrenzen ist der sog. Schulderlass i.S.v. Art. 115 OR, bei dem der Vermieter

600 Vgl. sinngemäss Urteil des BGer 4C.180/2001 vom 21. Dezember 2001 E. 3.

601 SCHMIDLIN, BK, Art. 16 OR N 44; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 21.

602 Urteile des BGer 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 4, in: Pra 1996 Nr. 240; 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.3; KAISER, Rz 3; LACHAT, Bail à loyer, S. 104.

603 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG120001 vom 16. August 2012 E. 7.4.3.

604 Vgl. KRAMER, ZK, Art. 18 OR N 28; MÜLLER, Art. 18 OR N 167, welche darauf hinweisen, dass das übereinstimmende nachvertragliche Verhalten der Parteien eine Vertragsänderung herbeiführen kann.

den ausziehenden Mieter aus der (solidarischen) Schuldpflicht entlässt.[605] Beim blossen Schulderlass, der **weder eine Aufhebung noch eine Änderung des gemeinsamen Mietvertrags** bedeutet, handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen dem Vermieter als Gläubiger und dem ausziehenden Mieter als Schuldner (sog. Erlassvertrag).[606] Der gemeinsame Mietvertrag bleibt mithin bestehen.

Der verbleibende Mieter ist nicht Vertragspartei des Erlassvertrags, weshalb der Schulderlass zwischen dem Vermieter und dem ausziehenden Mieter im Innenverhältnis dessen Rechtsstellung nicht berührt. Der **Schulderlass wirkt mithin bloss inter partes.** Derjenige Mieter, der im Aussenverhältnis aus der Schuldpflicht entlassen wurde, bleibt somit im Innenverhältnis seinen Mitschuldnern gegenüber grundsätzlich verpflichtet.[607] Der Rückgriff des verbleibenden Mieters steht diesem damit weiterhin offen (vgl. Art. 148 Abs. 2 OR).[608] Liegt im Innenverhältnis eine einfache Gesellschaft vor und wurde diese aufgelöst, kann der Rückgriff des im Mietobjekt verbleibenden Mieters nach der hier vertretenen Auffassung unter Umständen jedoch treuwidrig sein.[609]

2. Haftungsfreistellung im Innenverhältnis

Weigert sich der Vermieter, einer Teilaufhebung zuzustimmen, können die Mieter zumindest im Innenverhältnis vereinbaren, dass der ausziehende Mieter von der Haftung befreit wird. Bei der Vereinbarung zwischen den Mietern, worin sich ein Mieter verpflichtet, den Mietzins vollständig zu bezahlen, handelt es sich um eine **interne Schuldübernahme i.S.v. Art. 175 OR**, die vorbehältlich eines vertraglichen Formvorbehalts formlos gültig ist.[610] Auch hier gilt, dass ein passives Verhalten des verbleibenden Mieters keine Einwilligung in eine Haftungsfreistellung bedeutet.[611]

605 AEPLI, ZK, Art. 115 OR N 27; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 108; vgl. Urteile des BGer 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.3; 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 4, in: Pra 1996 Nr. 240, wo der Vermieter die erhaltene Teilkündigung unverzüglich ablehnte und die Entlassung aus der Solidarschuldverpflichtung verweigerte.

606 Vgl. LOACKER, BSK OR, Art. 115 OR N 1 m.w.H.; BÜSCHER, Rn. 617.

607 BÜSCHER, Rn. 617; BUCHER, S. 497; GAUTSCHI, N 186, N 188 und N 194; LOACKER, BSK OR, Art. 115 OR N 21; PIOTET, Commentaire Romand, Art. 115 OR N 14; vgl. dazu auch LACHAT, Bail à loyer, S. 104.

608 Vgl. BÜSCHER, Rn. 617.

609 Siehe dazu näher hinten, S. 198 ff.

610 Vgl. TSCHÄNI/GABERTHÜEL, BSK OR, Art. 175 OR N 4-6; zur Zulässigkeit der Übernahme künftiger Schulden: vgl. etwa das Urteil des BGer 4A_270/2008 vom 1. Oktober 2008 E. 2.1: «Toute dette peut être reprise, qu'elle soit actuelle ou future, pure et simple ou conditionnelle.»

611 Siehe dazu vorne, S. 116 ff.

An der in der Regel solidarischen Haftung im Aussenverhältnis ändert diese interne Vereinbarung unter den Mietern nichts.[612] Der ausziehende Mieter trägt dementsprechend weiterhin das Insolvenzrisiko des verbleibenden Mieters.[613]

Bilden die Mieter im Innenverhältnis eine einfache Gesellschaft und umfasst der Zweck auch den gemeinsamen Gebrauch der Mietsache, steht es dem ausziehenden Mieter bei fehlendem Einverständnis des verbleibenden Mieters zur Befreiung aus dem Mietvertrag offen, den anderen durch Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zur Mitwirkung der Vertragskündigung zu verpflichten.[614]

2. Kapitel: Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache

Das Gesetz enthält in Art. 264 Abs. 1 OR eine ausserordentliche Beendigungsmöglichkeit des Mieters durch vorzeitige Rückgabe der Sache. Diese Bestimmung gilt für alle Formen der Miete.[615] Im Normalfall geben mehrere Mieter die Mietsache gemeinsam zurück (Ziff. II). Bei der gemeinsamen Miete ist nachfolgend der Sonderfall zu beurteilen, in dem die Mieter keine vorzeitige Beendigung des Mietvertrags beabsichtigen, sondern die Weiterführung des Vertrags mit anderer Zusammensetzung, namentlich durch die Befreiung eines ausziehenden Mieters vom Vertrag und die Weiterführung der Miete durch den verbleibenden Mieter (Ziff. III). Schliesslich steht es den Parteien frei, die Modalitäten einer solchen Vertragsänderung im Mietvertrag zu regeln (Ziff. IV).

I. Rechtsnatur und Inhalt von Art. 264 OR

Gibt der Mieter die Sache zurück, ohne Kündigungsfrist oder -termin einzuhalten, so ist er gemäss Art. 264 Abs. 1 OR von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter nur befreit, wenn er einen für den Vermieter zumutbaren neuen Mieter vorschlägt. Dieser muss zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen. Andernfalls muss er gemäss Art. 264 Abs. 2 OR den Mietzins bis zu dem Zeitpunkt leisten, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann.

612 Vorbehalten bleibt bei Zustimmung des Vermieters als Gläubiger der Fall einer externen Schuldübernahme, welche zu einem Schuldnerwechsel führt (vgl. Art. 176 OR).

613 PICHONNAZ, S. 690; SCHRADER, S. 261.

614 Dazu näher hinten, S. 182 ff.

615 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 264 OR N 3; BÄTTIG, SVIT-Kommentar, Art. 264 OR N 10; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 264 OR N 1.

Die Bestimmung räumt dem Mieter die Möglichkeit ein, den Mietvertrag durch Rückgabe der Mietsache vorzeitig zu beenden, d.h. vor Ablauf des befristeten Mietverhältnisses oder – bei unbefristeten Mietverhältnissen – ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und/oder eines Kündigungstermins.[616] Es handelt sich um einen **vorzeitigen Beendigungsgrund,**[617] dessen Voraussetzungen in Art. 264 Abs. 1 OR umschrieben und allein vom Mieter zu schaffen sind.[618] Die Bestimmung ist relativ zwingend und kann nicht zulasten des Mieters abgeändert werden.[619]

Die vorzeitige Rückgabe nach Massgabe von Art. 264 Abs. 1 OR bewirkt eine Befreiung des Mieters aus dem Mietvertrag. So betrachtet handelt es sich um ein gesetzlich vorgesehenes **Gestaltungsrecht,** durch dessen Ausübung die Miete für den zurückgebenden Mieter ähnlich einer Kündigung einseitig beendet wird.[620] Übernimmt der Ersatzmieter den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen, liegt nach der herrschenden Lehre und dem Bundesgericht weder eine Neu- noch Weitervermietung, sondern ein Parteiwechsel vor.[621]

Ausgehend vom Idealtypus der einfachen Miete spricht Art. 264 Abs. 1 OR vom «Mieter», der die Sache vorzeitig zurückgibt. Es fehlt eine ausdrückliche Regelung der vorzeitigen Rückgabe durch mehrere Mieter. Nachfolgend werden die Besonderheiten bei der Miete mit mehreren Mietern besprochen.

616 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 264 OR N 23.

617 Die Terminologie ist uneinheitlich: HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 264 OR N 5 («ausserordentlichen Beendigungsgrund»); so auch BLUMER, Kurzkommentar, Art. 264 OR N 1; BÄTTIG, SVIT-Kommentar, Art. 264 OR N 3 («vorzeitiger Beendigungsgrund»); KLEY, S. 258 («besonderer Beendigungsgrund»).

618 Urteil des BGer 4A_75/2015 vom 9. Juni 2015 E. 3.1.1: «Il s'agit d'un mode de fin prématurée du contrat, sans résiliation: le locataire est libéré de ses obligations s'il manifeste son intention de restituer la chose avant terme et présente au bailleur un candidat objectivement acceptable.» HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 264 OR N 5.

619 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 264 OR N 3; BLUMER, Kurzkommentar, Art. 264 OR N 2; BÄTTIG, SVIT-Kommentar, Art. 264 OR N 1.

620 HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 264 OR N 2; ähnlich THOMAS KOLLER/MAUERHOFER, ZBJV 2010, S. 61, die von einer ausserterminlichen Kündigung sprechen. HULLIGER/HEINRICH verweisen auf die nach ihrer Auffassung abweichende Meinung des Bundesgerichts in BGE 117 II 156 E. 3a. Diesem Entscheid jedoch der Fall zugrunde, da der angebotene Ersatzmieter nicht zumutbar war, weshalb die vorzeitige Rückgabe nicht zur Beendigung des Mietvertrags führte, sondern allenfalls als Angebot zu einem Aufhebungsvertrag zu erachten war. Dieser Entscheid spricht mit anderen Worten nicht gegen die vorliegend vertretene Rechtsnatur von Art. 264 OR.

621 Urteil des BGer 4A_75/2015 vom 9. Juni 2015 E. 3.1.1: «Si le candidat est accepté par le bailleur, il reprend le bail, c'est-à-dire prend la place du locataire sortant dans la relation contractuelle.» HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 264 OR N 40; GIGER HANS, BK, Art. 264 OR N 80; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 264 OR N 6; a.M. HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 264 OR N 2, die von der Beendigung des alten und dem Abschluss eines neuen Mietvertrags ausgehen, wenn mit dem Ersatzmieter ein neuer schriftlicher Mietvertrag abgeschlossen wird.

II. Die gemeinsame vorzeitige Rückgabe der Mietsache

1. Allgemeines

Gemäss der Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts gemäss Art. 264 Abs. 1 OR bei der gemeinsamen Miete gemeinsam erfolgen. Gemeinsam in diesem Sinne ist die Rückgabe, wenn **sämtliche Mitmieter** das Mietobjekt vorzeitig zurückgeben, sei es persönlich oder durch einen Vertreter.[622]

Vorausgesetzt ist in sachlicher Hinsicht die vollständige (tatsächliche) Rückgabe des Mietobjekts.[623] Dem Vermieter sind alle Schlüssel zurückzugeben und das Mietobjekt ist grundsätzlich zu räumen.[624] Lassen die Mieter einzelne Gegenstände im Mietobjekt zurück, ändert dies an der Rückgabe nichts, führt aber gegebenenfalls zu einer Schadenersatzpflicht.[625]

Wie bei der einfachen Miete haben die gemeinsamen Mieter zur Befreiung aus dem Mietverhältnis «einen für den Vermieter **zumutbaren neuen Mieter**» zu stellen. Die gemeinsamen Mieter sind nicht verpflichtet, die gleiche Anzahl von Ersatzmietern vorzuschlagen. Wenn ein gemeinsam mietendes Konkubinatspaar aus einer Wohnung auszieht, steht es ihnen etwa frei, auch einen einzelnen Ersatzmieter vorzuschlagen. Vorausgesetzt ist für die vorzeitige Rückgabe nach Art. 264 OR lediglich, dass dieser Ersatzmieter für den Vermieter zumutbar ist, d.h. namentlich zahlungsfähig und bereit, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen.[626]

---

622 Urteil des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.6 (übersetzt in MRA 2013, S. 57 ff.): „[L]e droit de restituer la chose louée aux conditions de l'art. 264 OR n'ayant pas été exercé conjointement par tous les colocataires»; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 110; DIESELBE, Colocataires, S. 199; MICHELI, S. 14 f.; BISE/PLANAS, Droit du bail, Art. 264 OR N 12a; LACHAT, Bail à loyer, S. 101; FERTIG, HAP, Rz. 9.99; BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, S. 849.

623 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 264 OR N 3; BGE 119 II 36 E. 3c (übersetzt in Pra 1994 Nr. 33); Urteil des BGer 4C.446/2006 vom 26. März 2007 4.1; BÄTTIG, SVIT-Kommentar, Art. 264 OR N 24 f.; FERTIG, HAP, Rz. 9.95; a.M. BISE/PLANAS, Droit du bail, Art. 264 OR N 26, die eine Teilrückgabe als möglich erachten

624 Urteile des BGer 4A_388/2013 vom 7. Januar 2014 E. 2.1; 4A_220/2008 vom 7. August 2008 E. 3; 4C.129/1999 vom 5. Oktober 1999 E. 2a; vgl. aber WEBER ROGER, BSK OR, Art. 264 OR N 3, wonach die Mieter im Einverständnis des Vermieters einen Schlüssel behalten können, um das Mietobjekt Interessenten zeigen zu können.

625 Urteil des BGer 4A_388/2013 vom 7. Januar 2014 E. 2.1; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 264 OR N 3.

626 KLEY, S. 276; vgl. auch Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 6. Juni 2012 E. 4, in: mp 2014, S. 149 ff., wo das Gericht die Zumutbarkeit einer aus drei Mietern bestehenden Ersatzmieterschaft als Wohngemeinschaft für eine von zwei Personen bewohnte Wohnung bejaht.

2. Interne Willensbildung und Vertretung

Die Mitmieter handeln entweder gemeinsam oder einzeln, aber in Vertretung für die Gemeinschaft. Bei der vorzeitigen Rückgabe handelt es sich um eine **ausserordentliche Geschäftshandlung** i.S.v. Art. 535 Abs. 3 OR, weshalb die Vermutung zur Vertretung gemäss Art. 543 Abs. 2 OR gegenüber dem Vermieter nicht greift.[627]

3. Abgrenzung: Unwirksame alleinige Rückgabe durch einen Mieter

Die vorzeitige Rückgabe i.S.v. Art. 264 OR erfordert als Gestaltungsrecht nach dem Gesagten das Zusammenwirken sämtlicher Mieter. **Einzelne Mieter sind nicht berechtigt, sich** vom Mietvertrag durch vorzeitige Rückgabe **von «ihrem Teil» des Mietvertrags zu lösen.**[628] Zieht ein einzelner Mieter aus, stellt er einen Ersatzmieter und gibt dem verbleibenden Mieter sämtliche Schlüssel zurück, wird er mit anderen Worten nicht aus dem Mietverhältnis entlassen, auch wenn der Ersatzmieter zumutbar wäre. Als Vertragspartei haftet der ausziehende Mieter somit weiter für die Schulden aus dem Mietvertrag, namentlich die Mietzinse und Nebenkosten.[629] Den Parteien steht es jedoch frei, einen Parteiwechsel mittels Abänderungsvertrags zu vereinbaren.[630] Weigert sich eine Mietvertragspartei, dazu Hand zu bieten, bleibt der ausziehende Mieter weiter durch den Mietvertrag gebunden.[631] Um sich aus dem Mietverhältnis zu befreien, hat er die Mitwirkung des Mitmieters zur Kündigung zu erwirken.[632] Eine analoge Anwendung von Art. 264 OR auf

627 DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 97; vgl. auch Urteil des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.6 (übersetzt in MRA 2013, S. 57 ff.); siehe dazu näher vorne, S. 91 ff.

628 WEBER ROGER, Frank et al., § 7 N 18; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 107; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 35; FERTIG, HAP, Rz. 9.161; SCHMID HANS, S. 354: «Ein Anspruch gegenüber dem Vermieter auf Entlassung nur eines der Mieter aus dem Vertrag als Folge der Veränderung des internen Verhältnisses besteht ebensowenig wie ein Anspruch des anderen Mieters auf alleinige Übernahme des Vertrages.» PICHONNAZ, S. 690; vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts Genf ACJC/439/2017 vom 10. April 2017 E. 4.2: «Ainsi, le courrier de l'appelante du 28 avril 2015 ne peut pas être considéré comme une demande de restitution anticipée valable, dès lors que seul un colocataire a demandé à pouvoir restituer la chose louée.»

629 WEBER ROGER, Frank et al., § 7 N 18; PICHONNAZ, S. 690. PERMANN, OFK, Vor Art. 253-274g OR N 54; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 112; MENGE, S. 17; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 111; JACQUEMOUD ROSSARI LAURA, S. 101; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 4, in: Pra 1996 Nr. 240.

630 Vgl. zum Abänderungsvertrag: vorne, S. 114 ff.

631 Vgl. PERMANN, OFK, Vor Art. 253-274g OR N 92, wonach insbesondere keine Kontrahierungspflicht des Vermieters besteht; vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 107; LACHAT, Bail à Loyer, S. 96; FERTIG, HAP, Rz. 9.161.

632 BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 35; siehe dazu hinten, S. 181 ff.

diesen Sachverhalt erscheint nicht sachgerecht, bereits deshalb, weil in diesem Fall das Interesse der anderen Mieter tangiert ist, die Zusammensetzung der Mieterschaft (gemeinsam) zu bestimmen.[633]

III. Gemeinsame Rückgabe mit Bezug auf einen Mitmieter

1. Übersicht und Konstellationen

Vom alleinigen Handeln des ausziehenden Mieters ist der Fall zu unterscheiden, da die vorzeitige Teilrückgabe durch beide Mieter gemeinsam beabsichtigt wird. Bedeutsam sind in der Praxis im Wesentlichen folgende zwei Konstellationen:

1. Ein Mieter zieht aus, und die Mieter verlangen gemeinsam die Übertragung des Mietverhältnisses auf den verbleibenden Mieter **(Reduktion der Anzahl Mieter)**. Beispielsweise trennt sich ein Konkubinatspaar und schlägt den verbleibenden Partner als Ersatzmieter vor. Ob diese Konstellation vorliegt, ist durch Auslegung der von den Mitmietern abgegebenen Erklärung zu ermitteln. Ein in dieser Hinsicht zu interpretierendes Schreiben der Mitmieter liegt etwa vor, wenn diese dem Vermieter mitteilen, dass ein Mitmieter vorzeitig auszieht und gemeinsam ersucht wird, dass der gemeinsame Mietvertrag auf den verbleibenden Mieter überschrieben werde.[634] Es handelt sich um den in der Lehre hauptsächlich thematisierten Fall.[635]
2. Ein Mieter zieht aus, und die Mieter schlagen für den ausziehenden Mieter gemeinsam einen Ersatzmieter vor **(gleichbleibende Anzahl Mieter)**.[636] Dieser Fall liegt beispielsweise vor, wenn die Mieter einer Studenten-WG gemeinsam einen Nachmieter für einen ausziehenden Mieter vorschlagen oder ein Partner infolge einer Trennung auszieht und die Mieter gemeinsam den neuen Partner des in der Wohnung verbleibenden Mieters als Ersatz stellen.[637]

633 Zu den gegenläufigen Interessen der Parteien: siehe vorne, S. 114 f.

634 LACHAT, Bail à loyer, S. 806 mit Verweis auf das Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 10. Januar 2013, in: mp 2014, S. 41 ff.; ähnlich KLEY, S. 276: «Gemeinsam Mietende können zwar einen ausserterminlichen Auszug aus der Wohnung bekanntgeben und gleichzeitig der Vermieterin Einzelne von ihnen – allenfalls zusammen mit neuen Interessenten – als Nachfolger offerieren.»

635 DIETSCHY-MARTENET, Colocation, S. 202; MICHELI, S. 14 f.; KLEY, S. 276; BLUMER N 837; KNOEPFLER, S. 28.

636 Es ist auch denkbar, dass der Mietvertrag mit einer höheren Anzahl Mieter fortgeführt wird und mehrere Ersatzmieter gemeinsam vorgeschlagen werden (z.B. als Ersatz für einen Mitmieter wird ein Paar vorgeschlagen).

637 Vgl. KLEY, S. 276; MICHELI, S. 15. Eine vergleichbare Konstellation lag dem Urteil des Kantonsgerichts Freiburg 102 2019 57 vom 30. März 2020 zugrunde.

Diesen Fällen ist gemein, dass durch die Mieter nicht die Beendigung des (gemeinsamen) Mietvertrags bezweckt wird, sondern ein **Parteiwechsel,** d.h. die Fortführung mit einem Mieter oder einer neu zusammengesetzten Mieterschaft.

Sofern der Vermieter einverstanden ist, lässt sich dieser Parteiwechsel einvernehmlich regeln, namentlich durch einen Nachtrag zum Mietvertrag, in dem diese Vertragsänderung festgehalten wird. Ein Vermieter einer Studenten-WG kann sich beispielsweise auch bereits im Mietvertrag einverstanden erklären, dass ein ausziehender Student aus dem Mietvertrag entlassen und durch einen zumutbaren Nachmieter ersetzt werden kann.[638]

Bietet der Vermieter keine Hand zu einer einvernehmlichen Lösung, ist zu prüfen, ob die Mieterschaft einen Parteiwechsel einseitig «erzwingen» kann. Neben einer analogen Anwendung von Art. 264 Abs. 1 OR auf diesen Fall wird in der Lehre auch die Heranziehung von Art. 263 Abs. 1 OR diskutiert, wonach der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen kann. Da in der Lehre beide Normen als gesetzliche Grundlagen für einen mieterseitigen Parteiwechsel thematisiert werden, werden diese nachfolgend gemeinsam beurteilt.

2. Analoge Anwendung von Art. 264 und Art. 263 OR auf den Parteiwechsel

2.1. Lehrmeinungen

In der Lehre werden unterschiedliche Auffassungen und Lösungsansätze vertreten. Mit der Begründung, es handle sich um die einfachste Lösung, befürwortet MICHELI gestützt auf eine analoge Anwendung von **Art. 264 OR** die Befreiung des ausziehenden Mieters, wenn der verbleibende Mieter für den Vermieter – auch als alleiniger Mieter – zumutbar und gewillt sei, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen.[639] Dieser Meinung schliessen sich ebenso KNOEPFLER und BLUMER an.[640] Auch gemäss DIETSCHY-MARTENET stehe es den Mitmietern in analoger Anwendung von Art. 264 OR frei, dem Vermieter mitzuteilen, dass sie das Mietobjekt zurückgeben, und einen der Mieter als Ersatzmieter vorzuschlagen. Da im Rahmen dieser Bestimmung kein Kontrahierungszwang des Vermieters besteht,[641] kann der Vermieter den zumut-

638 Vgl. dazu KLEY, S. 276 f. in Fn. 67; zur Vertragsgestaltung: siehe hinten, S. 131 f.

639 MICHELI, S. 14 f.

640 KNOEPFLER, in: DB 2006, S. 28; BLUMER, Rn. 837, welche den praktischen Nutzen bei Wohngemeinschaften hervorhebt.

641 Siehe hinten, S. 128.

baren Ersatzmieter nach dieser Meinung jedoch mit der Konsequenz ablehnen, dass die Mitmieter von ihren Verpflichtungen zwar befreit sind, aber das Mietobjekt verlassen müssen.[642]

Namentlich WEBER ROGER und KOLLER ALFRED lehnen eine analoge Anwendung von Art. 264 OR ab.[643] Diese Meinung vertreten auch SCHMID HANS und PERMANN, da die Anwendung von Art. 264 OR bedingen würde, dass sämtliche Mieter den Gebrauch am Mietobjekt aufgeben.[644]

Scheidet einer von mehreren Mietern aus – wie im vorstehend erwähnten ersten Fall – befürwortet WEBER ROGER die analoge Anwendung der für Geschäftsräume geltenden Bestimmung von Art. 263 OR auf Wohnräume. Danach könne das Mietverhältnis nach Massgabe dieser Norm auf den verbleibenden Mieter übertragen werden. Der Vermieter könne die Übertragung des Mietvertrags aus wichtigen Gründen ablehnen. Finanziell sei der Vermieter aufgrund Art. 263 Abs. 4 OR aufgrund der einstweiligen Weiterhaftung des ausziehenden Mieters abgesichert, weshalb die Anwendung auch mit den Interessen des Vermieters vereinbar sei. Gemäss WEBER ROGER ist demgegenüber die Aufnahme eines neuen Mieters – wie im vorstehend an zweiter Stelle genannten Fall – von der analogen Anwendung der Bestimmung ausgeschlossen, da diese nicht zu einer Art Handel mit Rechten an Wohnungsmietverträgen führen dürfe.[645] Gestützt auf WEBER ROGER befürworten auch KLEY[646], DILLIER[647] und KOLLER ALFRED[648] die analoge Anwendung von Art. 263 OR auf die Reduktion von Mietern. Ablehnend gegenüber einer analogen Anwendung von Art. 263 OR auf die Wohnungsmiete äussern sich demgegenüber GIGER, HULLIGER und HEINRICH, ROHRER FLORIAN, BISE und PLANAS sowie BLUMER.[649] Eher ablehnend äussern sich auch HIGI und WILDISEN[650] sowie

642 DIETSCHY-MARTENET, Colocation, S. 202; ähnlich auch FERTIG, HAP, Rz. 9.161; vgl. zur fehlenden Kontrahierungspflicht auch BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, S. 840.

643 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 154, S. 156 f. und S. 210; KOLLER ALFRED, AJP 2018, S. 212: «Art. 264 OR kommt daher nicht zum Tragen, solange auch nur einer der Mieter das Mietobjekt beansprucht.»

644 SCHMID HANS, S. 353; PERMANN, OFK, Vor Art. 253-274g OR N 89.

645 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 264 OR N 9; vgl. auch DERSELBE, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 154 f.

646 KLEY, S. 276.

647 DILLIER, S. 248 ff.

648 KOLLER ALFRED, AJP 2018, 212

649 GIGER HANS, BK, Art. 263 OR N 34; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 263 OR N 2; ROHRER FLORIAN, SVIT-Kommentar, Art. 263 OR N 1; BISE/PLANAS, Droit du bail, Art. 263 OR N 7; BLUMER, Rn. 837.

650 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 263 OR N 6 ff.

FERTIG.[651] Nach der Auffassung dieser Autoren ist die Norm nur auf Geschäftsräume anwendbar. Die analoge Anwendung auf Wohnräume laufe der gesetzgeberischen Intention zuwider und widerspreche dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Zudem würden die Mitbewohner in der Regel eine einfache Gesellschaft bilden und dem Vermieter solidarisch haften. Die Entlassung eines Mieters bedürfe daher nach den allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen der Zustimmung des Vermieters. Der Vermieter könne mit anderen Worten seine Zustimmung auch ohne Vorliegen von wichtigen Gründen verweigern.[652]

2.2. Rechtsprechung

Das **Bundesgericht** hat sich weder zur analogen Anwendung von Art. 264 OR noch zur Anwendung von Art. 263 OR bei der Wohnungsmiete geäussert. Es bejaht jedoch eine analoge Anwendung von Art. 263 OR auf die Reduktion von Mietern von Geschäftsräumen. Sind etwa Geschäftsräume an zwei Mitmieter vermietet und zieht einer davon aus, können die Mitmieter die Übertragung des Mietverhältnisses an denjenigen von ihnen vornehmen, der weiterhin in den Räumlichkeiten verbleibt.[653]

Vereinzelt haben sich **kantonale Gerichte** mit dieser Thematik befasst und sich jeweils für die analoge Anwendung von Art. 264 OR ausgesprochen:

— Das Kantonsgericht Freiburg bejahte in einem Urteil vom 31. März 2020 gestützt auf DIETSCHY-MARTENET die analoge Anwendung von Art. 264 OR bei der gemeinsamen Miete.[654] Das Gericht wies jedoch auf den fehlenden Kontrahierungszwang hin. Entscheidet sich der Vermieter trotz Vorliegens der Voraussetzungen von Art. 264 Abs. 1 OR gegen eine Weiterführung des Mietvertrags mit dem verbleibenden Mieter, sind beide Mieter zwar von ihren Vertragspflichten befreit, müssen das Objekt aber auch gemeinsam verlassen.[655]

651 FERTIG, HAP, Rz. 8.45.

652 Vgl. BISE/PLANAS, Droit du bail, Art. 263 OR N 7.

653 Urteil des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.3 (übersetzt in MRA 2013, S. 57 ff.): «Lorsque des locaux commerciaux sont loués à deux colocataires et que l'on assiste au départ de l'un d'entre eux, les colocataires procèdent à un transfert de bail à celui d'entre eux qui reste en place. Les règles sur le transfert de bail (art. 263 CO) sont ainsi applicables par analogie»; vgl. auch LACHAT/GROBET THORENS, Bail à loyer, S. 105, S. 760 und S. 763, wonach die Übertragung von sämtlichen Mitmietern gemeinsam verlangt werden muss; GIGER HANS, BK, Art. 263 OR N 35 weist darauf hin, dass die Mieter gemeinsam handeln müssen. Fehlt eine Einigung, müsse zuerst die Liquidation des Innenverhältnisses herbeigeführt werden.

654 Urteil des Kantonsgerichts Freiburg 102 2019 57 vom 31 März 2020 E. 2.4.1.

655 Urteil des Kantonsgerichts Freiburg 102 2019 57 vom 31 März 2020 E. 2.2.1 in fine.

— Eine analoge Anwendung von Art. 264 OR auf den Fall, da die Mitmieter erklären, dass einer von ihnen auszieht und aus dem Vertrag entlassen werden will, bejahte im Ergebnis auch das Kantonsgericht Waadt mit Urteil vom 10. Januar 2013.[656] Es handle sich dabei um eine vorzeitige Rückgabe der Mietsache mit dem Angebot der verbleibenden Mieter als alleinige Nachmieter. Auch das Kantonsgericht Waadt betont, dass der Vermieter im Rahmen dieser Bestimmung nicht verpflichtet ist, der Vertragsänderung zuzustimmen. Das Gericht bejahte die Befreiung der ausziehenden Mieterin, da die Vermieterin eine Antwort auf das Ersuchen der Mieter ungerechtfertigt verweigerte und dies im Rahmen von Art. 264 OR zur Folge hat, dass der betreffende Mieter befreit wird.[657]
— Auch das Kantonsgericht Genf bejahte in einem Urteil vom 5. April 2004 gestützt auf MICHELI grundsätzlich die analoge Anwendung von Art. 264 OR auf die Fälle, da die Mieter gemeinsam den verbleibenden Mieter als Ersatzmieter vorschlagen.[658]

2.3. Eigene Stellungnahme

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt die «analoge Anwendung einer Gesetzesbestimmung auf einen Sachverhalt, der von dieser nicht ausdrücklich erfasst wird, […] voraus, dass deren Grundgedanke auch für den nicht geregelten Fall zutrifft.»[659] Ein Analogieschluss ist mit anderen Worten zulässig, wenn der nicht geregelte Sachverhalt den von der Gesetzesbestimmung erfassten Fällen wertungsmässig bzw. teleologisch entspricht, sodass es sich nach dem Gleichheitsgrundsatz rechtfertigt, den Sachverhalt sinngemäss gleich zu beurteilen.[660]

a Zur analogen Anwendung von Art. 264 OR

Art. 264 OR regelt den Fall, da sich ein Vermieter und ein Mieter gegenüberstehen. Mehrparteienverhältnisse werden grundsätzlich nicht geregelt. Folglich ist eine analoge Anwendung von Art. 264 OR auf die beschriebenen Konstellationen zu prüfen, da diesbezüglich eine Regelungslücke vorliegt.

656 Urteil des Kantonsgericht Waadt vom 10. Januar 2013 E. III/b (übersetzt in mp 2014, S. 41 ff.).

657 Urteil des Kantonsgericht Waadt vom 10. Januar 2013 E. III/c (übersetzt in mp 2014, S. 41 ff.); GIGER HANS, BK, Art. 264 OR N 53 erachtet das Urteil als zutreffend; vgl. zu den Folgen der Versäumnis des Vermieters im Allgemeinen: Urteil des BGer 4C.129/1999 vom 5. Oktober 1999 E. 2a, in: mp 2000, S. 32 ff.; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 813; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 264 OR N 49 und 54.

658 Zusammengefasst und mit Bemerkungen von KNOEPFLER in DB 2006, S. 27 f.

659 BGE 113 III 116 E. 3.

660 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 230.

Der **Zweck** von Art. 264 OR liegt in der (vorzeitigen) **Beendigung des Mietvertrags.** In den erwähnten Fällen wird demgegenüber keine Vertragsbeendigung angestrebt, sondern die Fortführung des Vertrags mit einem (einzelnen) Mieter bzw. einer anderen Zusammensetzung der Parteien. Die Bestimmung regelt mit anderen Worten zwar die vorzeitige Befreiung des Mieters aus dem Mietvertrag, enthält aber nach Lehre und Rechtsprechung **keinen Kontrahierungszwang** seitens des Vermieters. Er ist vielmehr frei, den Mietvertrag mit dem Ersatzmieter zu den gleichen Bedingungen weiterzuführen, den Vertrag mit anderen Bedingungen abzuschliessen oder mit einem Dritten zu kontrahieren.

Dem fehlenden Kontrahierungszwang will DIETSCHY-MARTENET bei einer analogen Anwendung von Art. 264 OR mit dem Argument Genüge tun, dass es dem Vermieter freigestellt sei, den verbleibenden Mieter als Ersatz zu akzeptieren, und zwar mit der Konsequenz, dass im Fall der Ablehnung beide das Mietobjekt räumen müssen. Dies widerspricht jedoch diametral der von den Parteien in dieser Situation beabsichtigen Rechtsgestaltung. Teilen die Mitmieter dem Vermieter mit, dass ein Mitmieter sich lösen und der andere den Vertrag übernehmen möchte, so fehlt es gerade am übereinstimmenden Willen der Mieter, das Mietobjekt zurückzugeben und den Mietvertrag zu beenden. Dies zeigt sich etwa deutlich am vorstehend erwähnten Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 31. März 2020.[661] Der bereits ausgezogene Mieter wollte den Mietvertrag gemeinsam mit seinem neuen Partner übernehmen. Obwohl der Vermieter die Vertragsänderung verweigerte, bewohnten dieser und sein neuer Partner das Mietobjekt in der Folge über Jahre gemeinsam. Von einem geäusserten Willen, das Mietobjekt aufzugeben, kann diesfalls nicht die Rede sein. Die von DIETSCHY-MARTENET beschriebene Konsequenz, dass die Mieter das Mietobjekt zurückzugeben haben, falls sich der Vermieter gegen einen Vertragsschluss mit dem Ersatzmieter entscheidet, widerspricht dem von den Mietern erklärten Parteiwillen und kann mithin nicht die (einseitige) vorzeitige Beendigung des Mietvertrags zur Folge haben. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn die Mieter trotz der Erklärung, wonach das Mietobjekt mit dem verbleibenden Mieter weiterzuführen sei, das Mietobjekt auf das genannte Datum hin (freiwillig) zurückgeben, und auch der Mieter, der im Mietobjekt verbleiben möchte, in die vorzeitige Beendigung des Mietvertrags einwilligt. Da es sich um einen Beendigungsgrund handelt, ist der Vermieter nach Lehre und Rechtsprechung auch nicht verpflichtet, mit den als Ersatz offerierten Mietern einen Mietvertrag einzugehen. Das Angebot eines zumutbaren Ersatzmieters reicht mit anderen Worten aus, um sich aus dem Mietvertrag zu befreien. Art. 264 OR zwingt den Vermieter jedoch nicht, mit dem Ersatzmieter

661 Siehe vorne, S. 126 f.

zu kontrahieren oder mit diesem einen Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen einzugehen. Aus diesen Gründen erscheint das skizzierte – sich auf eine direkte Anwendung von Art. 264 OR stützende – Vorgehen zum Zweck der Fortführung des Mietvertrags als ungeeignet.

Gegen eine analoge Anwendung von Art. 264 OR spricht weiter, dass die Teilrückgabe eines Mietobjekts in sachlicher Hinsicht grundsätzlich unzulässig ist. Die analoge Anwendung von Art. 264 OR würde diesfalls über den eigentlichen Regelungsgehalt der Norm hinausgehen, was einer Anwendung entgegensteht. Eine Analogie kann mit anderen Worten zulasten des Vermieters nicht weiter gehen als die direkte Anwendung der Norm. Zieht ein Mieter aus, räumt er sein Zimmer und gibt seinen Schlüssel zurück. Eine vollständige Rückgabe des Mietobjekts liegt jedoch nicht vor. Bleibt ein Mieter demgegenüber im Mietobjekt und lehnt der Vermieter eine Übertragung des Mietverhältnisses ab, so bleibt der ausziehende Mieter weiter gebunden. Die Mitteilung der Mieter kann diesfalls als Angebot zur Änderung des Vertrags (Parteiwechsel) betrachtet werden, dessen Annahme der Vermieter verweigern kann.

b Zur analogen Anwendung von Art. 263 OR

Ist beabsichtigt, dass der Mietvertrag mit dem verbleibenden Mieter weitergeführt werden soll, liegt die analoge Anwendung von Art. 263 OR aus einer teleologischen Betrachtung näher. Das Bundesgericht bejaht denn auch – wie erwähnt – die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Reduktion von Mietern von **Geschäftsräumen.**[662]

Obwohl eine entsprechende Regelung für die **Wohnungsmiete** wünschenswert wäre, sprechen nach der hier vertretenen Auffassung gewichtige Gründe gegen eine analoge Anwendung dieser Bestimmung für Wohnräume. Zunächst ist die Anwendung von Art. 263 OR **ausdrücklich auf die Miete von Geschäftsräumen beschränkt.** Der Wortlaut ist klar und in dieser Hinsicht nicht auslegungsbedürftig. Die Bestimmung ermöglicht es dem Mieter, dem Vermieter einen bestimmten neuen Mieter aufzuzwingen, sofern keine wichtigen Gründe dagegen sprechen (bedingter Anspruch).[663] Mit der Übertragung des Mietvertrags soll dem Geschäftsmieter ermöglicht werden, zusammen mit dem Mietvertrag auch seine wirtschaftlichen Güter und Werte einem Nachfolger zu übertragen (z.B. Kundenstamm, Lager).[664] Dieses Interesse kann

662 Siehe vorne, S. 126.

663 Botschaft vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985 I, S. 1443; vgl. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 263 OR N 1.

664 Botschaft vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985 I, S. 1443; ROHRER FLORIAN, SVIT-Kommentar, Art. 263 OR N 1.

auch bestehen, wenn ein Geschäftspartner auszieht und der verbleibende Partner die Geschäfte weiterführt, weshalb eine analoge Anwendung von Art. 263 OR auf die Reduktion der Anzahl der Mieter gerechtfertigt ist.[665] Ein geschäftliches Interesse, dem Vermieter einen neuen Mieter «aufzuzwingen», besteht bei der Übertragung von Wohnräumen demgegenüber nicht.[666] Der Gesetzgeber hat es mit anderen Worten bewusst unterlassen, eine entsprechende Regelung des Parteiwechsels für die Wohnungsmiete vorzusehen. Nach dem Gesagten würde eine analoge Anwendung von Art. 263 OR auf die Wohnraummiete nicht nur dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechen, sondern auch dem mit dieser Bestimmung anvisierten Zweck.[667]

Bei der fehlenden Regelung des Parteiwechsels bei der Wohnraummiete handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung um ein **qualifiziertes Schweigen,** was aus methodischen Gründen keinen Analogieschluss erlaubt.[668] Im Übrigen würde bei der Bejahung der analogen Anwendung eine Art Doppelanalogie vorliegen: Eine bereits bei Geschäftsräumen nur analoge Anwendung von Art. 263 OR würde auch für die Wohnungsmiete analog angewendet, was aus methodischer Sicht problematisch wäre.

2.4. Fazit

Sowohl eine analoge Anwendung von Art. 264 OR als auch von Art. 263 OR auf die aufgeführten Sachverhalte ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen.

Bei dem von den Mietern gegenüber dem Vermieter geäusserten Ersuchen, das Mietverhältnis auf den verbleibenden Mieter oder einen Ersatzmieter für den ausziehenden Mieter zu übertragen, handelt es sich um einen **Antrag auf Abänderung des Mietvertrags.** Der Vermieter kann die Zustimmung zu dieser Vertragsänderung ohne Angabe von Gründen und ohne rechtliche Nachteile verweigern.[669] Im Übrigen gelten die vorstehend zur Teilaufhebung dargestellten Grundsätze.[670]

665 A.M. AELLEN, S. 70, wonach eine analoge Anwendung dem Grundsatz von pacta sunt servanda widerspreche.

666 Botschaft vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985 I, S. 1443.

667 Gl.M. ROHRER FLORIAN, SVIT-Kommentar, Art. 263 OR N 1.

668 A.M. WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 154 f.

669 Vgl. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 29, wonach die teilweise Rückgabe der Mietsache nicht zu einer Beendigung des Mietverhältnisses führt, sondern – falls vom Vermieter akzeptiert – zu einer blossen Vertragsänderung führt; vgl. auch BGE 117 II 156 E. 3a, wo das Gericht beim Vorschlag eines ungeeigneten Ersatzmieters sinngemäss ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsaufhebung annahm.

670 Siehe vorne, S. 114 ff.

Verweigert der Vermieter die Zustimmung zum Parteiwechsel und sind die Mieter sich einig, dass der ausziehende Mieter von seinen Pflichten befreit werden soll, ist es den Mietern jedoch unbenommen, eine Haftungsfreistellung im Innenverhältnis vorzusehen, und zwar mit der Wirkung, dass der ausziehende Mieter im Aussenverhältnis weiterhin haftbar bleibt, der verbleibende Mieter ihn jedoch schadlos hält und sich gegenüber dem Mitmieter verpflichtet, sämtliche Schulden alleine zu tragen.[671] War mit dem Parteiwechsel bezweckt, dass ein neuer Lebenspartner als Ersatz für den ausziehenden Mieter in den Mietvertrag aufgenommen wird, kann die Mietsache diesem – bei Verweigerung des Parteiwechsels durch den Vermieter – mit Zustimmung des Vermieters untervermietet werden (vgl. Art. 262 OR).

Finden die Mieter untereinander keine Einigung und will sich der ausziehende Mieter aus der Haftung im Aussenverhältnis befreien, hat er – sofern der verbleibende Mieter einer gemeinsamen Kündigung des Mietvertrags nicht zustimmt – die Auflösung des Mietvertrags gerichtlich zu erwirken.[672]

IV. Vertragliche Lösungen zur Rückgabe

Da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Parteiwechsels bei der gemeinsamen Miete fehlt,[673] ist den Mietvertragsparteien zu empfehlen, die Möglichkeit und die **Voraussetzungen eines Parteiwechsels im Mietvertrag zu vereinbaren.**[674] Bei der Vertragsgestaltung sind die Interessen sämtlicher Parteien zu berücksichtigen. Der ausziehende Mieter will aus dem Mietvertrag entlassen und von der solidarischen Haftung befreit werden. Der oder die verbleibenden Mieter wollen das Mietverhältnis zu den gleichen Bedingungen weiterführen können. Tragen die Mieter den Mietzins in der Regel gemeinsam, haben die verbleibenden Mieter in der Regel kein Interesse daran, dass sich ein einzelner Mieter ohne ihr Einverständnis befreien kann. Der Vermieter hat seinerseits ein Interesse an einer gleichbleibenden Zahlungsfähigkeit der Mieterschaft.[675] Aus diesen Gründen wird namentlich ein vertragliches Teilkündigungsrecht nicht den Interessen sämtlicher Parteien gerecht.

Ist bei einer Mitmieterschaft vorauszusehen, dass es zu häufigen Wechseln kommt (z.B. Studenten-WG), empfiehlt es sich, im Mietvertrag eine Bestimmung vorzusehen, nach der sich ein ausziehender Student aus dem Mietvertrag

671 Vgl. auch WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 155 m.w.H.

672 Zur mittelbaren Beendigung des Mietvertrags: siehe hinten, S. 181 ff.

673 Vgl. DILLIER, S. 263, welche die Einführung eines Art. 263a OR vorschlägt, um die Übertragung des Mietverhältnisses bei mehreren Mietern zu regeln.

674 Vgl. HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 263 OR N 6.

675 Vgl. SCHRADER, S. 259.

lösen kann, sofern er dem Vermieter gemeinsam mit den übrigen Mitmietern einen zumutbaren Ersatzmieter i.S.v. Art. 264 Abs. 1 OR vorschlägt und der Vermieter sich verpflichtet, den – oder einen der vorgeschlagenen – zumutbaren Ersatzmieter zu akzeptieren.[676] Da der Ersatzmieter in das einheitliche Mietverhältnis eintritt, empfiehlt es sich, die vorzeitige Teilrückgabe nicht als einseitiges Recht des ausziehenden Mieters zu formulieren, sondern als gemeinsam von allen Mietern auszuübendes Recht der Mieter gegenüber dem Vermieter. Eine solche Klausel könnte in Anlehnung an Art. 264 OR etwa wie folgt lauten:

«Die Mieterschaft ist berechtigt, ohne eine Kündigungsfrist oder einen Kündigungstermin einzuhalten, den Vertrag durch gemeinsame Erklärung für einen Mitmieter vorzeitig aufzuheben, sofern sie gemeinsam einen für den Vermieter i.S.v. Art. 264 OR zumutbaren neuen Mieter vorschlägt; dieser muss zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen gemeinsam mit den übrigen Mietern zu übernehmen. Die Vermieterschaft verpflichtet sich, den Vorschlag der Mieterschaft innert angemessener Frist zu prüfen und einen vorgeschlagenen zumutbaren Ersatzmitmieter zu akzeptieren. Akzeptiert der Vermieter einen zumutbaren Ersatzmieter nicht oder nicht innert angemessener Frist, so ist der ausziehende Mitmieter aus dem Mietvertrag befreit. Sobald der ausziehende Mieter befreit ist und solange der Vermieter keinen zumutbaren Ersatzmieter akzeptiert, bleibt die verbleibende Mieterschaft von der Bezahlung des Mietzinses[677] anteilsmässig befreit.»[678]

Besteht die Mieterschaft aus einer Lebensgemeinschaft (z.B. Konkubinat), steht der Trennungsfall im Vordergrund, also die vertragliche Regelung des ersatzlosen Ausscheidens eines Mitmieters. Zur vertraglichen Regelung des Ausscheidens sind verschiedene Varianten denkbar. Den Interessen sämtlicher Parteien – namentlich auch des Vermieters – wird eine Bestimmung gerecht, die sich an der analogen Anwendung von Art. 263 OR bei der Geschäftsraummiete zur Reduktion von Mietern orientiert, die Pflicht zur Zustimmung des Vermieters jedoch allein von der Zahlungsfähigkeit abhängig macht:[679]

676 Vgl. KLEY, S. 277 in Fn. 67.

677 Die Nebenkosten wären nach dieser Formulierung weiterhin vollständig von der verbleibenden Mieterschaft geschuldet.

678 Diese Regelung will sicherstellen, dass die verbleibende Mieterschaft nicht «bestraft» wird, wenn der Vermieter einen zumutbaren Ersatzmieter unberechtigterweise ablehnt. Bezahlen drei Mieter beispielsweise eine Mietzinse von CHF 3'000.00, so sind die verbleibenden 4Mieter beim Auszug eines Mieters diesfalls nur noch verpflichtet, monatlich CHF 2'000.00 zu bezahlen.

679 Ähnlich LACHAT, Bail à loyer, S. 104: «Une clause du contrat de société simple et du bail peut prévoir qu'il peut se libérer de l'un et l'autre à certaines conditions, par exemple en respectant un préavis [...] et, pour le colocataire restant, en démontrant sa solvabilité.»; vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 108 f.

«Die Mieterschaft kann das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Mitmieter übertragen. Der Vermieter kann die Zustimmung nur verweigern, wenn dieser nicht zahlungsfähig ist. Stimmt der Vermieter zu, so tritt der Mitmieter anstelle der gemeinsamen Mieterschaft in das Mietverhältnis ein. Der ausscheidende Mitmieter ist von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter befreit.»

Alternativ kann vorgesehen werden, dass der ausscheidende Mieter in Anlehnung an Art. 263 Abs. 4 OR noch für eine bestimmte Zeit solidarisch mithaftet.

V. Zwischenfazit

Die vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts gemäss Art. 264 Abs. 1 OR muss bei der gemeinsamen Miete durch die Mieter gemeinsam erfolgen. Die Mieter sind aber nicht verpflichtet, die gleiche Anzahl von Ersatzmietern vorzuschlagen. So steht es beispielsweise einem mietenden Konkubinatspaar, das aus einer Wohnung auszieht, frei, auch nur einen einzelnen Ersatzmieter vorzuschlagen.[680] Abzugrenzen von der gemeinsamen vorzeitigen Rückgabe ist der Fall, in dem ein einzelner Mieter «seinen Anteil» der Mietsache zurückgeben will. Eine solche vorzeitige Teilrückgabe ist unzulässig.[681] Anders ist der Fall zu beurteilen, in dem die Mieter gemeinsam handeln und verlangen, dass das Mietverhältnis von beiden Mietern auf einen verbleibenden Mieter übertragen wird. Beispielsweise trennt sich ein Konkubinatspaar und schlägt den verbleibenden Partner als Ersatzmieter vor. Bei der Wohnungsmiete lässt sich ein solcher Parteiwechsel nach der hier vertretenen Auffassung gegenüber dem Vermieter jedoch nicht erzwingen. Sowohl eine analoge Anwendung von Art. 264 OR als auch Art. 263 OR auf die aufgeführten Sachverhalte ist abzulehnen. Beim Ersuchen der Mieter, das Mietverhältnis auf den verbleibenden Mieter oder einen Ersatzmieter für den ausziehenden Mieter zu übertragen, handelt es sich lediglich um einen Antrag auf Abänderung des Mietvertrags, der vom Vermieter ohne Grund und ohne Rechtsnachteile abgelehnt werden kann.[682] Den Vertragsparteien ist zu empfehlen, das Recht auf eine einseitige Vornahme eines Parteiwechsels vertraglich vorzusehen.[683]

680 Siehe vorne, S. 121.

681 Siehe vorne, S. 122 f.

682 Siehe vorne, S. 124 ff.

683 Siehe vorne, S. 131 ff.

5. Teil: Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags durch Kündigung

1. Kapitel: Allgemeines zur Kündigung bei mehreren Mietern

I. Die Kündigung als unteilbares aufhebendes Gestaltungsrecht

Wer kündigt, übt ein Gestaltungsrecht aus, also eine gesetzliche oder vertragliche Befugnis, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen zu verändern.[684] Dem Inhalt nach handelt es sich um ein aufhebendes Gestaltungsrecht, das «ex nunc» wirkt.[685] Beim einfachen Mietvertrag kann dieses Gestaltungsrecht von der jeweiligen Partei, also vom Vermieter oder vom Mieter, ausgeübt werden.

Liegt auf einer Seite des Vertrags eine Parteiengruppe vor, namentlich im Fall mehrerer Mieter, steht das Kündigungsrecht nicht jeder Partei allein zu, sondern nur allen gemeinsam. Die Kündigung als aufhebendes Gestaltungsrecht ist unteilbar.[686] Sind mehrere Mieter oder Vermieter am Mietvertrag beteiligt, steht die Kündigung mithin **nur allen Mietern oder Vermietern gemeinsam zu und muss gegenüber allen Vermietern bzw. Mietern ausgeübt werden,** sei es persönlich oder über einen Vertreter;[687] ansonsten ist die Kündigung nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung.[688] Das einheitliche

---

684 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 65.

685 BGE 140 III 598 E. 3.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 72; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 34.

686 SCHMID JÖRG, S. 35; GIGER HANS, BK, Vor Art. 266-266o OR N 10; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 34 und N 84; Weber Roger, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 68; KAISER, Rz 3.

687 Zur Vertretung: siehe hinten, S. 148 ff.

688 BGE 140 III 491 E. 4.2.1; 140 III 598 E. 3.2; 136 III 431 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 2011 Nr. 18, S. 123 ff.); Urteile des BGer 4A_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.2; 4A_437/2009 vom 11 November 2009 E. 4.3.3; 4A_189/2009 vom 13. Juli 2009 E. 1.1; 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); 4C.6/2002 vom 10. September 2002 E. 5; 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5b, in: SJ 1995, S. 53 ff.; siehe auch HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 84; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 266-266o N 33;

Rechtsverhältnis, das durch den gemeinsamen Mietvertrag hergestellt wird, kann nur ein einziges Mal und für alle Vertragsparteien aufgelöst werden.[689]

II. Form und Zustellung der Kündigung

Nachfolgend werden in erster Linie die Besonderheiten aufgezeigt, die bezüglich Form und Zustellung der Kündigung für den Mietvertrag mit mehreren Mietern zu beachten sind. Aspekte, die die einfache und die gemeinsame Miete gleichermassen betreffen, werden nicht oder nur am Rande behandelt.

1. Allgemeines

1.1. Formerfordernisse im Überblick

Gemäss Art. 266l Abs. 1 OR müssen bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen sowohl der Vermieter als auch der Mieter schriftlich kündigen. Die Vermieterschaft muss gemäss Absatz 2 mit einem Formular kündigen, das vom Kanton genehmigt ist und das angibt, wie die Mieterschaft vorzugehen hat, wenn sie die Kündigung anfechten oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen will. Besondere Schutzvorschriften sind bei der Kündigung einer Familienwohnung zu beachten (Art. 266m und Art. 266n OR). Die Kündigung ist nichtig, wenn sie nicht den Artikeln 266l bis 266n entspricht (Art. 266o OR).[690]

Die Formvorschriften gelten grundsätzlich für **alle Wohn- und Geschäftsräume** im Sinne von Art. 253a OR.[691] Als Kündigung im Sinne der Bestimmungen zu verstehen ist jede ordentliche oder ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses gemäss Gesetz oder Vertrag.[692]

WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 170 und S. 175; DERSELBE, BSK OR, Art. 266a OR N 1b und Art. 266o OR N 4; BOHNET/DIETSCHY, Droit du bail, N 33 zu Art. 253 OR; BOHNET/DIETSCHY, Droit du bail, Art. 266a N 18 OR; KAISER, Rz 3; LACHAT, Bail à loyer, S. 101 und 838; MICHELI, S. 12; SCHMID HANS, S 375; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 97 f. und S. 107 f.; JACQUEMOUD ROSSARI, S. 100 und S. 103; SCHMID JÖRG, S. 35.

689 BGE 136 III 431 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 2011 Nr. 18, S. 123 ff.); Urteile des BGer; 4A_189/2009 vom 13. Juli 2009 E. 1.1; 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5b, in: SJ 1995, S. 53 ff.; JACQUEMOUD ROSSARI, S. 100; vgl. aber OESCHGER, Mietrecht für die Praxis, S. 775 f., welche die Kündigung von einem verbleibenden Mieter ausnahmsweise als gültig erachtet, wenn der andere schon lange ausgezogen ist und kein Interesse mehr am Mietobjekt hat. Dazu näher hinten, S. 157 f.

690 MÜLLER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 266-266o OR N 55.

691 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266l OR N 3; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l-266o OR N 4; BLUMER, Kurzkommentar, Art. 266l-266o OR N 1.

692 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266l OR N 4; und Art. 266m-266n N 20; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l-266o N 4; BLUMER, Kurzkommentar, Art. 266l-266o OR N 1; vgl. auch WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266l OR N 4.

Von den Formvorschriften nicht erfasst sind alle übrigen (einseitigen) Erklärungen der Parteien, die mittelbar (z.B. Antrag zu einem Aufhebungsvertrag) oder unmittelbar (z.B. Rücktrittserklärung) zur Auflösung des Mietvertrags führen.[693]

1.2. Zustellung und Empfang der Kündigung

Bei der Kündigung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung: Das Wirksamwerden setzt mithin voraus, dass die Erklärung dem Adressaten zugeht.[694] Das Mietrecht enthält keine besonderen Bestimmungen zum Zugang, weshalb die allgemeinen vertraglichen Grundsätze gelten. Vorbehältlich zweier Sonderfälle, die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung begründet wurden (Mitteilung einer Mietzinserhöhung im Sinne von Art. 269d OR und die Zustellung der Zahlungsaufforderung nach Art. 257d Abs. 1 OR), gilt im Mietrecht die **absolute Empfangstheorie.**[695] Gemäss dieser Theorie geht eine mittelbare Erklärung (z.B. schriftliche Kündigung) dem Adressaten zu, sobald sie in seinen **Machtbereich** gelangt. Eine tatsächliche Kenntnisnahme ist für ein Wirksamwerden der Erklärung nicht erforderlich.[696] Kann beispielsweise eine eingeschriebene Sendung weder dem Empfänger noch einer zur Entgegennahme befugten Person ausgehändigt werden, hinterlässt der Postbote eine Abholungseinladung im Briefkasten oder im Postfach. Der Brief gilt als empfangen, sobald der Adressat gemäss Abholungseinladung bei der betreffenden Poststelle Kenntnis nehmen kann. Wann der Empfänger tatsächlich Kenntnis nimmt, ist für den Zeitpunkt des Zugangs nicht relevant.[697] Der Absender trägt mithin grundsätzlich das Risiko dafür, dass die Erklärung in den Machtbereich des Adressaten gelangt (z.B. Versand an richtige Adresse[698]). Der Adressat hat demgegenüber dafür besorgt zu sein, von einer zugegangenen Kündigung auch tatsächlich Kenntnis zu nehmen und sich so zu organisieren, dass ihm diese möglich ist (z.B. bei Abwesenheit wegen Ferien).[699]

Die Erklärung geht einem Adressaten auch zu, wenn die Erklärung einer Drittperson ausgehändigt wird, die entweder zur Entgegennahme ermächtigt wurde oder nach der Verkehrsauffassung als befugt und geeignet anzusehen ist, die Erklärung für den Adressaten in Empfang zu nehmen **(passive**

693 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266l OR N 5; ähnlich WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266l OR N 4.

694 Zum Ganzen statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 194 ff. m.w.H.

695 Vgl. dazu BÄRTSCHI/ACKERMANN, Verspätete Anfechtung, Rz. 17.

696 BÄRTSCHI/ACKERMANN, Verspätete Anfechtung, Rz. 27 m.w.H.

697 BÄRTSCHI/ACKERMANN, Verspätete Anfechtung, Rz. 28 mit Verweis auf BGE 140 III 244 E. 5.1.

698 Zur Zustellung bei Wohnsitzwechsel eines Mitmieters: siehe hinten, S. 144.

699 BGE 143 III 15 E. 4.1 (übersetzt in Pra 2017 Nr. 45, S. 437 ff.); BÄRTSCHI/ACKERMANN, Empfang bei Ferienabwesenheit; vgl. auch BACHOFNER, Rn. 136 f. m.w.H.

Vertretung).[700] Dies gilt nach der Rechtsprechung etwa für Ehegatten, die in einer gemeinsamen Wohnung leben.[701] Ob eine Ermächtigung zur Entgegennahme vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen im Einzelfall. Nach einem allgemeinen Grundsatz ist zur passiven Vertretung befugt, wer zur aktiven Stellvertretung ermächtigt wurde, weshalb der Mieter etwa darauf vertrauen darf, dass die von der Vermieterschaft beauftragte Liegenschaftsverwaltung zur Entgegennahme ermächtigt ist.[702] Vergleichbar ist die Rechtslage bei Mitmietern, die eine einfache Gesellschaft bilden. Sind sie zur Geschäftsführung befugt, was vorbehältlich abweichender Abreden gestützt auf Art. 535 Abs. 1 OR der Fall ist,[703] liegt eine passive Vertretungsbefugnis der einzelnen Gesellschafter vor.[704]

2. Die Kündigung der Mieter

2.1. Formerfordernisse im Allgemeinen

Bei der Kündigung durch mehrere Mieter ist Schriftlichkeit verlangt (Art. 266l Abs. 1 OR). Der hier verwendete Begriff der Schriftlichkeit entspricht demjenigen der sog. **einfachen Schriftlichkeit i.S.v. Art. 13–15 OR.**[705] Schriftlichkeit verlangt im Allgemeinen neben der Erklärung in Schriftform (d.h. Verurkundung des Erklärungsinhalts) die eigenhändige Unterschrift des oder der Verpflichteten (Art. 13 und Art. 14 Abs. 1 OR).[706] Nicht ausreichend sind somit Kündigungen per E-Mail, Fax oder SMS.[707] Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist die qualifizierte elektronische Signatur gemäss Art. 14 Abs. 2bis OR.

700 Urteil des BGer 4A_325/2010 vom 1. Oktober 2010 E. 3.1.

701 BGE 118 II 42 E. 3b; vgl. auch Urteile des BGer 4A_325/2010 vom 1. Oktober 2010, E. 3.1 und 4A_673/2012 vom 21. November 2012, E. 3.1.

702 Urteil des BGer 4A_325/2010 vom 1. Oktober 2010 E. 3.1 m.w.H.

703 Nach dem dispositiven Recht gilt der Grundsatz, dass jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist (Einzelgeschäftsführungsbefugnis); vgl. dazu HANDSCHIN, BSK OR, Art. 535 OR N 3 m.w.H. Siehe dazu auch vorne, S. 91 ff.

704 Vgl. Art. 543 Abs. 3 OR; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 543 OR N 98; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 543 OR N 74; SETHE, Kurzkommentar, Art. 543 OR N 3.; a.M. JUNG, Handkommentar, Art. 543 OR N 3; PESTALOZZI/VOGT, BSK OR, Art. 543 OR N 23, nach welchen jeder Gesellschafter vermutungsweise zur passiven Stellvertretung befugt ist.

705 Vgl. Urteil des BGer 4C.308/2004 vom 10. November 2004 E. 2.2.2; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266l OR N 9; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l–266o OR N 8–12; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266l OR N 2; BLUMER, Kurzkommentar, Art. 266l–266o OR N 2; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 266l–o OR N 2.

706 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 504; SCHMIDLIN, BK, Vor Art. 12–15 OR N 3; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, Art. 13 OR N 5 ff.; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266l OR N 2; KUT, Handkommentar, Art. 13 OR N 4.

707 BACHOFNER, Rn. 219.

Bei mehreren Personen ist Art. 13 OR zu beachten, wonach ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, die Unterschriften aller Personen tragen muss, die durch ihn verpflichtet werden sollen. Die Bestimmung findet trotz des engen Wortlauts seinem Sinn nach auch Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte, insbesondere auf die Ausübung vertraglich eingeräumter Gestaltungsrechte (z.B. Kündigung).[708] Angewendet auf die Kündigung bedeutet dieses Erfordernis, dass das Kündigungsschreiben von allen Mitmietern (eigenhändig) zu unterzeichnen ist.[709]

Mit der eigenhändigen Unterschrift bringt der Erklärende seinen Erklärungswillen deutlich zum Ausdruck.[710] Eine im Sinne von Art. 14 Abs. 2 OR auf mechanischem Weg nachgebildete Unterschrift genügt nicht zur Kündigung des Mietvertrags.[711] Fraglich und in der Lehre umstritten ist, ob und in welchen Fällen die Erfordernisse der einfachen Schriftlichkeit erfüllt sind, wenn moderne (schriftliche) Kommunikationsmittel verwendet werden. Ein beachtlicher Teil der Lehre bejaht im Grundsatz die Schriftlichkeit i.S.v. Art. 13 OR einer per E-Mail versandten original (eigenhändig) unterzeichneten und eingescannten Urkunde.[712] Dies erscheint zeitgemäss und sachgerecht.

Die Kündigung muss zwar gemeinsam erklärt werden, kann jedoch in separaten Schreiben erfolgen, wobei zur Fristberechnung auf den Zeitpunkt des Empfangs des zuletzt eingegangenen Schreibens abzustellen ist.[713] Fehlt jedoch die gültige Unterschrift auch nur eines Mitmieters, entfaltet die Kündigung grundsätzlich keine Wirkung (vgl. Art. 13 OR). Vor Beginn der Kündigungsfrist kann dieser Mangel in der Regel noch geheilt werden.[714] An die Stelle der nichtigen Kündigung kann (fristgerecht) immer eine gültige, korrekt unterzeichnete treten.[715] Aufgrund der Nichtigkeit der formungültigen Kündigung

708 MÜLLER, BK, Art. 13 OR N 11 und N 106; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK OR, Art. 13 OR N 2; STEHLE, Präjudizienbuch OR, Vor Art. 11-16 OR N 1.

709 OESCHGER, Mietrecht für die Praxis, S. 774; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 124.

710 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266l OR N 10.

711 MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l-266o OR N 5.

712 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, BSK OR, Art. 13 OR N 14c; GERICKE/IVANOVIC, S. 341; SCHWENZER, N 31.14; KUT, Handkommentar, Art. 13 OR N 6; vgl. auch WIEGAND/HURNI, Kurzkommentar, Art. 13 OR N 5, wobei diese einschränkend vertreten, dass dies nur im Anwendungsfall von Art. 14 Abs. 2 OR zulässig sei, d.h. wenn eine Faksimileunterschrift verkehrsüblich ist.

713 BACHOFNER, Rn. 220; MAAG, HAP, Rz. 2.52.

714 Siehe näher hinten, S. 153.

715 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c N 105; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266o OR N 16; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 135; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l-266o OR N 52.

gilt die anschliessende gültige Kündigung als erstmalige Kündigung.[716] In der Praxis setzt der Vermieter bzw. der Liegenschaftsverwalter den Mietern zuweilen aus Kulanz eine kurze Nachfrist zur Verbesserung der Kündigung mit dem Zusatz, dass die Kündigung bei fristgemässer Verbesserung als wirksam erfolgt erachtet wird (d.h., auch wenn die Kündigungsfrist nicht eingehalten wird). Der Vermieter erkennt diesfalls nicht die unheilbar nichtige, sondern die (verspätet) formgültige Kündigung als grundsätzlich wirksam an.[717]

Die Kündigung kann auch über einen Vertreter ausgesprochen werden, namentlich durch einen der Mitmieter. Betreffend die Form der Kündigung interessiert in diesem Zusammenhang in erster Linie, ob und inwiefern das Vertretungsverhältnis aus der Kündigungserklärung hervorzugehen hat. Darauf ist zurückzukommen.[718]

2.2. Bei der Familienwohnung (Art. 266m OR)

Dient die gemietete Sache als Wohnung der Familie, kann ein Ehegatte den Mietvertrag nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen kündigen (Art. 266m Abs. 1 OR). Kann der Ehegatte diese Zustimmung nicht einholen oder wird sie ihm ohne triftigen Grund verweigert, so kann er den Richter anrufen (Art. 266m Abs. 2 OR). Die gleiche Regelung gilt sinngemäss bei eingetragenen Partnerschaften (Art. 266m Abs. 3 OR).

Bei Art. 266m OR handelt es sich um eine Vorschrift zum Schutz der Familienwohnung. Die Bestimmung wurde in ihrer ursprünglichen Fassung im Zuge der Eherechtsrevision per 1. Januar 1988 eingeführt, und zwar in Art. 271a Abs. 3 aOR.[719] Die altrechtliche Bestimmung verwies auf den heute unverändert bestehenden Art. 169 ZGB. Auch ohne einen ausdrücklichen Verweis stellt Art. 266m in seiner heutigen Fassung einen auf die mietrechtliche Kündigung beschränkten Anwendungsfall der eherechtlichen Schutzbestimmung von Art. 169 ZGB dar. Sowohl Art. 169 ZGB wie auch Art. 266m OR bezwecken den Schutz der ehelichen Gemeinschaft bzw. Familie und deren Familienwohnung vor eigenmächtigem Handeln eines der Ehegatten oder eingetragenen Partners.[720]

---

716 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266o OR N 16.

717 Vgl. HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266o OR N 16.

718 Siehe hierzu hinten, S. 154 f.

719 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1191, S. 1264 f.; Art. 271a Abs. 3 OR lautete wie folgt: «Der Mieter kann den Mietvertrag nur mit Zustimmung seines Ehegatten nach den Bestimmungen des Eherechts kündigen.» Vgl. auch MONTINI/MONTINI, S. 364.

720 BGE 114 II 396 E. 5a.

Der Begriff der **Familienwohnung** stammt aus dem Eherecht und wird im Mietrecht gleichbedeutend verwendet.[721] Als Familienwohnung gilt im Allgemeinen der **Ort, der den Mittelpunkt des Ehe- und Familienlebens darstellt.**[722] Nicht anwendbar ist die Bestimmung auf Personen, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben oder als Paar nicht eingetragen sind. Eine analoge Anwendung wird von der herrschenden Lehre abgelehnt.[723]

Die Bestimmung kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob das Mietverhältnis ordentlich oder ausserordentlich gekündigt wird.[724] Andere Handlungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Beendigung des Mietverhältnisses führen können (z.B. der Abschluss eines Aufhebungsvertrags, die vorzeitige Rückgabe der Mietsache, die Nichtausübung einer Option), sind nach der herrschenden Auffassung nicht von Art. 266m OR erfasst,[725] fallen aber gegebenenfalls unter die Bestimmung von Art. 169 ZGB.[726]

Fraglich ist, ob Art. 266m OR auch bei der gemeinsamen Miete von Eheleuten oder eingetragenen Partnern zur Anwendung kommt. Nach einem kleinen Teil der Lehre ist die in Art. 266m OR geforderte ausdrückliche Zustimmung nur in denjenigen Fällen bedeutsam, in denen nur ein Ehegatte mietet.[727] Gemäss einem überwiegenden Teil der Lehre ist es für die (sachliche) Anwendbarkeit dieser Bestimmung jedoch **unerheblich, ob eine einfache Miete mit einem Ehegatten oder eingetragenen Partner vorliegt, oder ob diese die Familienwohnung gemeinsam mieten.** Begründet wird dies mit dem Argument, dass die Schutzbestimmungen von Art. 169 ZGB und somit auch Art. 266m

---

721 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 125 m.w.H.; zum Begriff der Familienwohnung näher: HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 13 ff.; Schwander, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 6-14.

722 BGE 118 II 489 E. 2; Urteil des BGer 4C.441/2006 vom 23. März 2007 E. 4.3.2; SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 6; FANKHAUSER, Kurzkommentar, Art. 169 ZGB N 3; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 16.

723 BACHOFNER, Rn. 224 m.w.H.; BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 3; LACHAT, Commentaire Romand, Art. 266m OR N 2; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l-266o OR N 30; vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 110.

724 HASENBÖHLER, ZK, Art. 169 ZGB N 49; GUICHARD, S. 74 f.; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266m-266n OR N 20.

725 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 135; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266m-266n OR N 20. In Abweichung dazu die Anwendung von Art. 266m OR auf die vorzeitige Rückgabe nach Art. 264 OR bejahend: DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 111; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 214; BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, S. 849.

726 Vgl. HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266m-266n OR N 20; dazu näher HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 41 ff.; HASENBÖHLER, ZK, Art. 168 ZGB N 9.

727 HULLIGER/HEINRICH, Art. 266l-o OR N 6; ähnlich BÜCHLER/VETTERLI, S. 46 f.

OR einen weitergehenden Schutz bieten als das Gemeinschaftsverhältnis.[728] Ob Art. 266m OR auch bei der gemeinsamen Miete zur Anwendung gelangt, musste das Bundesgericht – soweit ersichtlich – noch nicht entscheiden.[729]

Zwar fehlt es bei der gemeinsamen Miete von Ehegatten an der typischen Schutzbedürftigkeit, für die Art. 266m OR geschaffen wurde, da die (Teil-) Kündigung nur eines Ehegatten von vornherein keine Rechtswirkung entfaltet,[730] aber anders als bei der Kündigung eines gemeinsamen Mietverhältnisses schränkt Art. 266m OR die Vertretungsmöglichkeit eines Ehegatten zur Kündigung ein. So hat gemäss Art. 266m OR ein Ehegatte «ausdrücklich» zuzustimmen.[731] Die Zustimmung kann zusätzlich nur bezogen auf eine konkrete Rechtshandlung erteilt werden.[732] Ausgeschlossen ist gemäss der genannten Erfordernisse an die Zustimmung des Ehegatten sowohl die Kündigung des anderen Ehegatten gestützt auf eine allgemein erteilte Vollmacht[733] als auch diejenige durch eine allenfalls behauptete stillschweigende bzw. konkludente Vollmacht des anderen.[734] Aufgrund dieses weitergehenden Schutzes von Art. 266m OR ist diese Bestimmung richtigerweise auch auf die gemeinsame Miete anzuwenden.

Art. 266m OR schreibt nicht vor, an wen sich die Zustimmung richtet.[735] Gemäss überwiegender Auffassung in der Lehre muss die Zustimmung dem

728 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 134; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 111; ZIHLMANN, S. 28 f.; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266m–266n OR N 18; GUHL/KOLLER, S. 453, ohne nähere Begründung auch BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 2; PERMANN, OFK, Vor Art. 253-274g OR N 61; PERMANN, mp 1997, S. 196 und JACQUEMOUD ROSSARI LAURA, S. 203; MENGE, S. 32; vgl. auch FUTTERLIEB, immobilia, S. 29; vgl. auch die eherechtliche Lehre: HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 26; HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB N 38; FANKHAUSER, Kurzkommentar, Art. 169 ZGB N 2; HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 234 f.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 26; SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 12; HASENBÖHLER, ZK, Art. 169 ZGB N 38; GUICHARD, S. 44 ff.

729 Andeutungsweise in BGE 137 III 208 E. 2.3 (übersetzt in: Pra 2011 Nr. 106, S. 757 ff.): «Or, selon la doctrine, les locaux commerciaux, qui servent également à l'hébergement d'époux dont l'un d'eux au moins est titulaire du bail [...], doivent bénéficier de la protection accordée par les art. 266m à 266n CO.» Betreffend die Bestimmung von Art. 266n OR hat das Bundesgericht die Anwendung auf die gemeinsame Miete bejaht: siehe dazu hinten, S. 146.

730 Siehe hierzu hinten, S. 158 ff.

731 SCHMID HANS, S. 376 m.w.H.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 26.

732 In diesem Sinne geht der Schutz von Art. 169 ZGB bzw. Art. 266m OR weiter: vgl. HASENBÖHLER, ZK, Art. 169 ZGB N 38; BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 17; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 131; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 26; vgl. auch SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 17; HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 235; MICHELI, S. 12; RUOSS, S. 77 f.; SCHMID HANS, S. 376.

733 Vgl. MICHELI, S. 12; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 26 und 47; SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 17; RUOSS, S. 88; SCHMID HANS, S. 376; vgl. auch HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 235.

734 Vgl. HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 235; BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 17.

735 BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 20.

Vermieter zugehen.[736] Mangels gesetzlicher Vorschrift ist nicht verlangt, dass die Zustimmung schriftlich erfolgt.[737] Zu Beweiszwecken ist es in der Praxis jedoch empfehlenswert, eine schriftliche Zustimmung zu verlangen.[738] In der Regel erfolgt die Zustimmung des Ehegatten durch Mitunterzeichnung der Kündigung.[739] Kündigen beide mietenden Ehegatten ausdrücklich im Sinne von Art. 266l OR oder kündigt ein Ehegatte für beide gestützt auf eine ausdrückliche Spezialvollmacht[740] des anderen, die dem Vermieter im Sinne von Art. 266m OR zugeht, so ist in diesen Rechtshandlungen des anderen Ehegatten (auch) eine ausdrückliche Zustimmung zu eben dieser Kündigung zu verstehen.[741] Mit anderen Worten ist es diesfalls in der Praxis grundsätzlich nicht erforderlich, vom betreffenden Ehegatten eine separate Zustimmungserklärung zu verlangen.

Die Ehegatten haben die Kündigungsfristen einzuhalten.[742] Kündigt der mietende Ehegatte beispielsweise am 20. Juni für den 30. September, so muss er sicherstellen, dass der andere Gatte seine Zustimmung vor dem 30. Juni erteilt.[743] Die Zustimmung muss mithin spätestens bis zum Beginn der Kündigungsfrist erfolgen. Ansonsten gilt die Kündigung erst auf den nächstmöglichen Termin.[744]

Fraglich ist, ob bei einer gemeinsamen Miete der Ehegatten oder eingetragenen Partner ebenfalls der Richter angerufen werden kann, wenn ein Ehegatte

736 BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 20; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266m/266n OR N 3; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 266l–o OR N 6; HIGI, Art. 266m–266n OR N 22; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 47 f.; GUICHARD, S. 115; HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 238; a.M. GUHL/KOLLER, S. 453; RUOSS, S. 87; HASENBÖHLER, ZK, Art. 169 ZGB N 61.

737 DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 111; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266m/266n OR N 3; HASENBÖHLER, ZK, Art. 169 ZGB N 60; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266m OR N 21; GUICHARD, S. 123; a.M. SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 19, welcher das Schriftformerfordernis für die mietrechtlichen Schutzbestimmungen bejaht.

738 Zur Beweisbarkeit: SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 19; HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 240; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 111.

739 HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 08.112; ZIHLMANN, S. 115.

740 ZIHLMANN, S. 115.

741 Ähnlich HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 235, nach welche die Ehegatten das Mietverhältnis nur entweder durch gemeinsame ausdrückliche Kündigung auflösen können oder aber der eine von ihnen spricht die Kündigung mit ausdrücklicher Zustimmung des anderen für beide aus.

742 MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l-266o OR N 37; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266m/266n OR N 4; SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 18; HASENBÖHLER, MRA 1995, S. 238; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 111; a.M. BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 23 mit Hinweis auf GUICHARD, S. 139, wonach die spätere Zustimmung einen retroaktiven Effekt habe, wenn der Vermieter die Kündigung nicht sofort zurückweist.

743 BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 23; GUICHARD, S. 137 m.w.H.

744 GIGER HANS, BK, Art. 266m OR N 22; BARRELET, Droit du bail, Art. 266m OR N 23; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266m/266n OR N 4; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 111 m.w.H.

die Mitwirkung bei der Kündigung verweigert (vgl. Art. 266m Abs. 2 OR; Art. 169 Abs. 2 ZGB). Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu bejahen, worauf zurückzukommen ist.[745]

3. Die Kündigung des Vermieters

3.1. Mehrere Mieter

Gemäss Art. 266l Abs. 2 OR muss der Vermieter mit einem Formular kündigen, das vom Kanton genehmigt ist und das angibt, wie der Mieter vorzugehen hat, wenn er die Kündigung anfechten oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen will.

Gilt die Formularpflicht, muss im Wesentlichen danach unterschieden werden, ob die Mieter am gleichen Ort wohnen, oder nicht:

— Wohnen die Mieter **am gleichen Ort,** genügt es bei der Kündigung gegenüber mehreren Mietern – sofern keine Familienwohnung vorliegt[746] –, alle Mitmieter auf einem einzigen amtlichen Formular als Empfänger aufzuführen und die Kündigung in einem einzigen Schreiben an die Adresse aller Mitmieter zuzustellen.[747]

— Zieht ein Mitmieter aus, so hat er den Vermieter über die entsprechende Änderung seiner Adresse zu informieren **(Wohnsitzwechsel).**[748] In diesem Fall ist ein weiteres amtliches Formular mit allen aufgeführten Mietern auch an die Adresse des ausgezogenen Mieters zu senden. Wird die Kündigung trotz Kenntnis der neuen Adresse an die alte, gemeinsame Wohnadresse zugestellt, ist sie unwirksam, ausser der Mieter hat die Kündigung tatsächlich erhalten.[749] Hat der Vermieter keine Kenntnis der neuen Adresse des Mitmieters, kann er das an sämtliche Mieter gerichtete amtliche Formular an die zuletzt bekannte Adresse der Mieter zustellen lassen.[750]

745 Siehe dazu hinten, S. 184.

746 Siehe zu diesem Fall hinten, S. 145 ff.

747 BGE 140 III 491 E. 4.2.2; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern 11 00 107 vom 19. Oktober 2000, in: LGVE 2000 I Nr. 22; SCHMID JÖRG, S. 35; FUTTERLIEB, MRA 2001, S. 171; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 97 und S. 116 m.w.H.; BLUMER, Rn. 838; MAAG, HAP, Rz. 2.57; LACHAT, Bail à loyer, S. 101; BOHNET/DIETSCHY, Droit du bail, Art. 253 OR N 33; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 120; WEBER ROGER, BSK OR Art. 266a OR N 1; a.M. MICHELI, S. 13; JACQUEMOUD-ROSSARI, S. 104, welche eine separate Zustellung empfiehlt.

748 Zur Möglichkeit der Angabe deiner blossen Zustelladresse: vgl. MAAG, MRA 2017, S. 38 f.; KOLLER THOMAS/STRIK, ZBJV 2018, S. 434.

749 KOLLER THOMAS, ZBJV 2016, S. 21, wonach dies auch gelte, wenn der Mietvertrag vorsieht, dass die Zustellung der Kündigung an die Adresse der (gemeinsamen) Wohnung erfolgt.

750 Vgl. Urteile des BGer 4A_673/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1; 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.4.1 betreffend den ausgezogenen Ehegatten; vgl. weiter HIGI/BÜHLMANN, ZK,

Mieten beispielsweise A und B als Konkubinatspaar eine gemeinsame Wohnung von Vermieter C und zieht B in der Folge aus, ohne eine neue Adresse anzugeben, so kann der Vermieter C mit einem amtlichen Formular kündigen, das er an die ursprünglich gemeinsame Adresse zustellen lässt.[751] Der Vermieter muss sich jedoch das Wissen seiner Hilfspersonen, insbesondere der Liegenschaftsverwalterin, anrechnen lassen.[752]

Die Kündigung des Vermieters bei einer verstorbenen Mieterpartei ist an alle Erben zu richten, andernfalls ist die Kündigung nichtig.[753] Wird das gemeinsame Mietverhältnis etwa mit dem überlebenden Ehegatten und den weiteren Erben des verstorbenen Mitmieters weitergeführt, so ist die Kündigung in diesem Fall an den überlebenden Gatten und sämtliche weitere Erben zu richten.[754]

3.2. Zustellung der Kündigung bei der Familienwohnung der Ehegatten oder eingetragenen Partnern

Die Kündigung durch den Vermieter sowie die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung nach Art. 257d OR sind dem Mieter und seinem Ehegatten, seiner eingetragenen Partnerin oder seinem eingetragenen Partner separat zuzustellen (Art. 266n OR). Gemäss der Lehre gilt diese Bestimmung analog auch für die Fristansetzung nach Art. 266h OR, nicht aber für die Abmahnung nach Art. 257f OR oder für Mietzinserhöhungen.[755]

Die separate Zustellung bezweckt in erster Linie, den Ehegatten (oder eingetragenen Partner), der nicht Partei des Mietvertrags ist, vor der Gefahr zu schützen, dass er die Kündigung nicht zugestellt erhält und dadurch um die Möglichkeit gebracht wird, sich gestützt auf Art. 273a OR gegen die Kündigung zur Wehr zu setzen oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses zu verlangen.[756]

Vor Art. 266–266o OR N 38 und N 43; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l–266o N 47; PERMANN, OFK, Vor Art. 253–274g OR N 103; BACHOFNER, Rn. 135 in Fn. 380; vgl. auch Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich PF190019 vom 27. Juni 2019 E. 2.3.3 und PF170006 vom 30. August 2017 E. 5.2.

751 Vgl. das ähnliche Beispiel von HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253–273c OR N 120.

752 Urteil des BGer 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.4.1, wonach sich der Vermieter sogar das Wissen des Hauswarts («concierge de l'immeuble») anrechnen lassen muss.

753 Urteil des BGer 4A_189/2009 vom 13. Juli 2009 E. 2.1; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF160015 vom 3. Mai 2016 E. 5.3; Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 21. November 1994, in: DB 1996, Nr. 11; OESCHGER, Mietrecht für die Praxis, S. 776 m.w.H.; SCHMID JÖRG, S. 35; abweichend GUINAND, S. 14, der den gutgläubigen Vermieter vor der Nichtigkeitsfolge schützen will.

754 Vgl. Urteil des BGer 4A_189/2009 vom 13. Juli 2009 E. 2.1; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF160015 vom 3. Mai 2016 E. 5.3.

755 Vgl. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266m/n OR N 7 m.w.H.

756 BGE 140 III 491 E. 4.2.4; 139 III 7 E. 2.3.1 (übersetzt in Pra 2013 Nr. 65, S. 492 ff.); 118 II 42 E. 3b.

Art. 266n OR **kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Ehegatten die Familienwohnung gemeinsam mieten.**[757] Wie bei Art. 266m OR ist dies sachgerecht, da der Schutz dieser Bestimmung über den Schutz hinausgeht, den das Gemeinschaftsverhältnis bietet: Wie gesehen reicht es bei gewöhnlichen Mitmietern aus, wenn ein amtliches Formular sämtliche Mieter aufführt und an die Mieter gerichtet ist. Handelt es sich um die Miete einer Familienwohnung, sind demgegenüber zwei getrennte Kündigungsschreiben in getrennten Sendungen zu übermitteln, die je einzeln an die Ehegatten adressiert sind.[758] Dies gilt auch für den Fall, dass die Zustellung an einen gemeinsamen Vertreter erfolgt.[759] Mithin genügt es dem Erfordernis der separaten Zustellung nicht, wenn die Zustellung der beiden Kündigungsschreiben nur in einem einzigen Couvert erfolgt, auch wenn die Formulare jeden Ehegatten einzeln als Adressaten aufführen.[760] Die separate Zustellung muss nicht gleichzeitig erfolgen, das zuletzt versandte Kündigungsformular hat dem betreffenden Ehegatten jedoch vor Beginn der Kündigungsfrist zuzugehen.[761]

Die Formerfordernisse sind streng. Eine in Verletzung von Art. 266n OR zugestellte Kündigung ist selbst dann nichtig (vgl. Art. 266o OR), wenn der betreffende Ehegatte anderweitig davon Kenntnis erhalten hat.[762] **Vorbehalten bleibt das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB).** So ist die Berufung auf einen Formmangel dann rechtsmissbräuchlich, wenn sich ein Mieter und Ehegatte auf Art. 266n OR beruft und geltend macht, die Kündigung sei nichtig, da diese dem anderen Gatten nicht zugestellt worden sei, wenn dieser die Familienwohnung verlassen hat und sich für die Kündigung überhaupt

757 Vgl. Urteile des BGer 4A_673/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1; 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.4.1; vgl. auch BGE 137 III 208, E. 2.3 (übersetzt in: Pra 2011 Nr. 106, S. 757 ff.); unklar demgegenüber BGE 139 III 7 E. 2.3.1, wonach Sinn und Zweck der separaten Zustellung sei, den Ehegatten (oder eingetragenen Partner) zu schützen, der nicht Vertragspartei des Mietverhältnisses ist. Durch die separate Zustellung soll ihm die Möglichkeit gegeben werden, die Kündigung anzufechten oder die Erstreckung zu verlangen (Art. 273a OR); GIGER HANS, BK, Art. 266n OR N 14; KOLLER THOMAS, ZBJV 2013, S. 42; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266m-266n N 36; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l-266o N 20; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 08.117.

758 Urteile des BGer 4A_673/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1; 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.4; MAAG, HAP, Rz. 2.59; KOLLER THOMAS, ZBJV 2013, S. 42 f.

759 BARRELET, Droit du bail, Art. 266n OR N 5; Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 12. November 2001 (übersetzt in: mp 2002, S. 22 f.).

760 Vgl. Urteile des BGer 4A_673/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1; 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.4; so ausdrücklich: HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266m-266n OR N 48; ebenfalls: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF140068 vom 7. Oktober 2014 E. 4.4.

761 Vgl. BARRELET, Droit du bail, Art. 266n OR N 6; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 266n OR N 46 sprechen missverständlich von «Ablauf» der Kündigungsfrist, verweisen zum Beleg jedoch auf HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 76, welche den «Beginn» meinen.

762 BGE 115 II 361 E. 4c; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266m-266n OR N 48; BARRELET, Droit du bail, Art. 266n OR N 9; LACHAT, Bail a loyer, S. 834.

nicht interessiert.[763] Missbräuchlichkeit wurde auch in einem Fall bejaht, da die Kündigung dem nichtmietenden Ehemann zwar nicht zugestellt wurde, dieser aber die Kündigung mit den beiden Mieterinnen gemeinsam anfocht. Da die unterlassene Zustellung der Kündigung i.S.v. Art. 266n OR den Ehemann nicht daran gehindert hatte, die Kündigung anzufechten, erachtete das Bundesgericht die Berufung auf die Nichtigkeit der Kündigung vor dem Hintergrund des Zwecks von Art. 266n OR als rechtsmissbräuchlich.[764]

Gemäss Lehre und Rechtsprechung hat ein Mieter die (Neben-)Pflicht, den Vermieter über wichtige Änderungen zu informieren, die Auswirkungen auf das Vorliegen einer Familienwohnung haben können (Heirat, Scheidung, Trennung, Auszug eines Ehegatten aus der Familienwohnung, Wechsel des Wohnsitzes der Familie). Für den Vermieter gelten diejenigen Tatsachen als bekannt, die ihm oder seinen Hilfspersonen zur Kenntnis gebracht wurden.[765]

Trennen sich die Ehegatten, und kennt der Vermieter die neue Adresse des aus der Familienwohnung ausgezogenen Ehegatten nicht, reicht es gemäss Bundesgericht nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) im Lichte von Art. 266n OR aus, wenn die Zahlungsaufforderung gemäss Art. 257d OR jedem der Ehegatten an die Adresse der bisherigen Familienwohnung zugestellt wird.[766] Den Vermieter trifft diesfalls keine Pflicht, von sich aus zu prüfen, ob wichtige Änderungen geschehen sind. So ist der Vermieter beispielsweise nicht verpflichtet, mittels Adressauskunft der Gemeinde zu ermitteln, ob die Ehegatten noch an der gleichen Adresse gemeldet sind. Ein (freiwilliges) Nachforschen erscheint aber zur Schaffung klarer Verhältnisse empfehlenswert. Die Beweislast für die Tatsache, dass der Mieter oder sein Ehegatte dem Vermieter eine Adressänderung mitgeteilt hat, trägt der Mieter.[767]

Auch wenn es der Mieter pflichtwidrig unterlässt, dem Vermieter einen veränderten Umstand mitzuteilen (z.B. Heirat), so trägt dennoch der Vermieter das Risiko einer nichtigen Kündigung, wenn er keine Kenntnis vom Zivilstand

---

763 BGE 140 III 491 E. 4.2.4 (gemeinsame Miete); 139 III 7 E. 2.3.2 (einfache Miete); vgl. auch MAAG, HAP, Rz. 2.61; kritisch zum Entscheid BGE 140 III 491: KOLLER THOMAS, ZBJV 2014, S. 8 ff.

764 Urteil des BGer 4A_674/2014 vom 19. Februar 2015 E. 6.

765 BGE 137 III 208 E. 2.5 (übersetzt in: Pra 2011 Nr. 106, S. 757 ff.); Urteile des BGer 4A_673/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1 m.w.H.; 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009, E. 3.4.1; HIGI/WILDISEN, ZK, 266m-266n OR N 26-27; LACHAT, Bail à loyer, S. 836; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266m/266n OR N 2b; ZIHLMANN, S. 116; BÄTTIG, MRA 2013, S. 54; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 105.

766 Urteile des BGer 4A_673/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1; 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009, E. 3.4.1; HIGI/WILDISEN, ZK, 266m-266n OR N 52; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l-266o OR N 47; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266m/266n OR N 6; BÄTTIG, MRA 2013, S. 55 f., der sich daneben näher mit dem Beweismass im Ausweisungsverfahren gemäss Art. 257 ZPO auseinandersetzt.

767 Urteil des BGer 4A_673/2012 vom 21. November 2012 E. 3.2; BÄTTIG, MRA 2013, S. 55.

des Mieters hat. Vorbehalten bleibt das bereits erwähnte Rechtsmissbrauchsverbot (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB), das nur zurückhaltend anzuwenden ist.[768] Nach BÄTTIG ist ein Rechtsmissbrauch etwa dann zu bejahen, wenn sich der Mieter – und nicht der nicht mietende Ehegatte – auf die Nichtigkeit beruft. Es könne nicht angehen, dass der Mieter, der seine Informationspflicht verletzt, sich auf die Nichtigkeit gemäss Art. 266n OR berufen könne.[769] Diese Auffassung verdient Zustimmung, da der Mieter die Nichtigkeit der Kündigung durch seine pflichtwidrige Unterlassung herbeiführt und eine Berufung darauf keinen Rechtsschutz verdient. Vorbehalten bleibt der Fall, da der Vermieter – oder eine seiner Hilfspersonen – anderweitig Kenntnis von der Änderung des Zivilstands erhalten hat.

III. Vertretung bei mehreren Mietern

1. Allgemeines

Die Vertragsparteien können die Kündigung durch einen Vertreter erklären lassen, der die Kündigung im Namen der Vermieter- oder Mieterschaft ausspricht.[770] Sind auf der einen oder anderen Seite des Mietvertrags mehrere Parteien beteiligt, kann neben einem Dritten auch eine Vertragspartei im Innenverhältnis zur Abgabe der Kündigung im Namen der Vertragsgemeinschaft bevollmächtigt werden. Die Berechtigung bzw. Ermächtigung zur Kündigung für die Mieter- bzw. Vermietermehrheit richtet sich grundsätzlich nach den Regeln des Innenverhältnisses.[771] Je nach Art der Vertragsgemeinschaft und der internen Regeln gelten für die Vertretung der Gemeinschaft gegenüber dem Vermieter direkt oder mittels Verweis (vgl. Art. 543 Abs. 2 OR) die Bestimmungen von Art. 32 ff. OR.[772] Im Aussenverhältnis sind namentlich die Regeln des Vertrauensschutzes zu beachten.[773] Eine von einem nicht bevollmäch-

768 Urteile des BGer 4A_674/2014 vom 19. Februar 2015 E. 7; 4C.441/2006 vom 23. März 2007 E. 5 (übersetzt in mp 2007, S. 155 ff., S. 158 f.); WEBER ROGER, BSK OR, N 7 zu Art. 266m/266n OR; vgl. auch KOLLER THOMAS/MAUERHOFER, ZBJV 2009, S. 831; vgl. auch 137 III 208 E. 2.5, wo das Gericht die Rechtsmissbrauchsschranke tief ansetzte; kritisch dazu KOLLER THOMAS, ZBJV 2013, S. 43 f.

769 BÄTTIG, MRA 2013, S. 54.

770 Statt vieler: Urteil des BGer 4A_12/2010 vom 25. Februar 2010 E. 3.4.1 zur Auslegung von Art. 9 VMWG und der Vertretung des Vermieters durch die Liegenschaftsverwaltung; HIGI/BÜHLMANN, Vor Art. 266-266o OR N 69 ff.; BLUMER, Rn. 836.

771 Vgl. Urteile des BGer 4A_189/2009 vom 13. Juli 2009 E. 1.1; 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 110; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 85.

772 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 110; Pestalozzi/Vogt, BSK OR, Art. 543 OR N 5; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.243/2004 vom 30. März 2005 E. 1.

773 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 85.

tigten Vertreter ausgesprochene Kündigung entfaltet grundsätzlich keine Wirkung.[774] Darauf ist zurückzukommen.[775]

Zu untersuchen ist nachfolgend die externe Vertretungsbefugnis oder Vertretungsmacht eines von mehreren Mietern.

2. Die Vertretung bei der einfachen Gesellschaft

Das Prinzip des gemeinsamen Handelnmüssens im Gesamthandverhältnis wird durch die im Recht der einfachen Gesellschaft bestehende Geschäftsführungs- und Vertretungsordnung relativiert.[776] Die Vertretung gegenüber Dritten ist in Art. 543 OR geregelt. Sie richtet sich nach dem allgemeinen Stellvertretungsrecht (Art. 32 ff. OR), wobei jedoch eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft oder sämtliche Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, vermutet wird, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen ist (Art. 543 Abs. 3 OR).[777] Sofern und soweit ein Geschäftsführer bzw. Mitmieter innerhalb seiner Geschäftsführungsbefugnis im Namen aller Gesellschafter handelt, liegt das vorausgesetzte gemeinsame Vorgehen vor.[778] Bei der Beendigung des Mietverhältnisses handelt es sich allerdings nicht um eine Handlung im Rahmen der ordentlichen Geschäftsführungsbefugnis gemäss Art. 535 Abs. 1 OR, sondern um eine **aussergewöhnliche Geschäftsführungshandlung** i.S.v. Art. 535 Abs. 3 OR.[779] Vorbehältlich einer anderslautenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ist ein Gesellschafter bzw. Mitmieter mithin nicht berechtigt, den Mietvertrag allein im Namen der einfachen Gesellschaft zu kündigen oder – da ebenfalls die Beendigung bezweckt wird – einen Dritten dazu zu bevollmächtigen.[780]

3. Die Vertretung bei Ehegatten

Spiegelbildlich zum Abschluss eines Mietvertrags über Wohn- oder Geschäftsräume handelt es sich auch bei der Beendigung des Vertrags mittels Kündigung nicht um ein «laufendes Bedürfnis» i.S.v. Art. 166 Abs. 1 ZGB,[781] sodass für

---

774 Statt vieler: Urteil des BGer 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); LACHAT, Bail à loyer, S. 824 m.w.H.

775 Siehe hinten, S. 149 (einfache Gesellschaft) S. 149 f. (Erbengemeinschaft).

776 Siehe dazu bereits vorne, S. 23 ff.

777 Siehe dazu bereits vorne, S. 24 f.; siehe auch S. 91.

778 HANDSCHIN, BSK OR, Art. 544 OR N 11; VON STEIGER, S. 383; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 96.

779 DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 97 f. und S. 107; PERMANN, OFK, N 75 Vor Art. 253-274g OR N 75; PERMANN, mp 1997, S. 201; GIAVARINI, MRA 2011, S. 55.

780 Siehe dazu vorne, S. 92.

781 Siehe dazu vorne, S. 22 f.

die Vertretung der Ehegatten ebenfalls die Bestimmungen von Art. 32 ff. OR massgebend sind. Zudem begründet die gemeinsame Miete einer Wohnung oder eines Geschäftsraums nach der hier vertretenen Auffassung auch zwischen Ehegatten eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR, weshalb auch bei gemeinsam mietenden Ehegatten auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden kann.[782]

Eine Besonderheit besteht – wie erwähnt – im Zusammenhang mit der Kündigung der Familienwohnung. Aufgrund des Erfordernisses einer «ausdrücklichen» Zustimmung zur Kündigung (vgl. Art. 266m OR und Art. 169 ZGB), das auch bei der gemeinsamen Miete gilt, ist insbesondere eine bloss stillschweigende Bevollmächtigung in diesem Fall unzulässig.[783]

4. Die Vertretung unter Erben

Mehrere eine Erbengemeinschaft bildende Erben verfügen nach Art. 602 Abs. 1 ZGB unter Vorbehalt vertraglicher oder gesetzlicher Vertretungsbefugnisse gemeinsam über die Rechte der Erbschaft. Gestaltungsrechte stehen in der Regel nur allen gemeinsam zu oder können, sofern bestimmt, durch einen Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB), Willensvollstrecker (Art. 518 ZGB) oder Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB) ausgeübt werden.[784] Darüber hinaus steht es auch den Erben frei, einen Vertreter i.S.v. Art. 32 ff. OR zum Handeln für die Erbschaft zu bestimmen. Die Bevollmächtigung hat durch alle Miterben gemeinsam zu erfolgen.[785] Diesfalls sind die Regeln der Stellvertretung anwendbar (Art. 32 ff. OR), namentlich auch die Bestimmung zur Genehmigung vollmachtlosen Handelns für die Gemeinschaft (vgl. Art. 38 OR).[786]

Ausnahmsweise bejaht das Bundesgericht[787] und die Lehre[788] ein Recht jedes Miterben, alleine für die Gemeinschaft zu handeln, und zwar in Fällen von **Dringlichkeit oder wenn Gefahr im Verzug** ist, was nach der hier vertretenen Auffassung unter Umständen bei der ausserordentlichen Kündigung i.S.v. Art. 266i OR bejaht werden kann.[789]

782 Siehe dazu näher vorne, S. 96 ff.

783 Siehe dazu näher vorne, S. 142.

784 BGE 144 III 277 E. 3.2; 125 III 219 E. 1.

785 WOLF/EGGEL, BK, Art. 602 ZGB N 75.

786 WOLF/EGGEL, BK, Art. 602 ZGB N 81.

787 BGE 144 III 277 E. 3.2; 125 III 219 E. 1; vgl. auch Urteil des BGer 5A_512/2019 vom 28. Oktober 2019 E. 4.1.2.2; BGE 93 II 11 E. 2b; 73 II 162 E. 5; 58 II 195 E. 2.

788 WOLF/EGGEL, BK, Art. 602 ZGB N 91; ESCHER, ZK, Art. 602 ZGB N 13 und 60; SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, BSK ZGB, Art. 602 ZGB N 18; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rn. 1619; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 98.

789 Siehe dazu näher hinten, S. 177 ff.

5. Sonderfälle

5.1. Vorgängige gegenseitige Bevollmächtigung zur Kündigung

Im Zusammenhang mit dem Parteiwechsel wurden bereits mögliche vertragliche Regelungen im Falle des Auszugs eines Mieters, beispielsweise infolge einer Trennung, diskutiert. Wird kein Parteiwechsel, sondern eine Auflösung des Mietverhältnisses angestrebt, so wird in der Lehre die Möglichkeit bejaht, dass sich die Parteien für den Trennungsfall gegenseitig vorgängig zur Kündigung des gemeinsamen Mietverhältnisses bevollmächtigen.[790] Wird die Bevollmächtigung an eine Bedingung geknüpft, handelt es sich um eine aufschiebend bedingte Vollmacht.[791] Es empfiehlt sich, den Bedingungseintritt so klar wie möglich zu definieren. Die vorgängige gegenseitige Ermächtigung kann zwingend jederzeit widerrufen werden (Art. 34 Abs. 1 und 2 OR).[792] Ist die Ermächtigung im Mietvertrag festgehalten und wurde sie dadurch auch dem Vermieter kundgegeben, so muss der gutgläubige Vermieter sich den Widerruf nur dann entgegenhalten lassen, wenn er ihm auch mitgeteilt wurde (Art. 34 Abs. 3 OR). Die Möglichkeit des Widerrufs entschärft das von LACHAT erwähnte Risiko, wonach eine gegenseitige Bevollmächtigung zur Kündigung von einem Mitmieter etwa zwecks Rache zulasten des anderen missbraucht werden kann.[793]

Nicht wirksam – da gegen eine zwingende Norm verstossend – ist die gegenseitige Bevollmächtigung zur Kündigung bei der Familienwohnung, da gemäss Art. 169 ZGB bzw. Art. 266m OR nicht nur eine ausdrückliche, sondern auch konkrete Zustimmung zur Kündigung erforderlich ist.[794]

Eine gegenseitige Bevollmächtigung könnte etwa wie folgt lauten: «Für den Fall der Trennung bevollmächtigen wir uns gegenseitig zur Abgabe der schriftlichen Kündigung des Mietvertrags im Namen der Mieterschaft gegenüber dem Vermieter. Jeder Mieter kann die gegenüber dem Mitmieter eingeräumte Vollmacht jederzeit widerrufen.»

---

790 LACHAT, Bail à loyer, S. 104; SCHMID JÖRG, S. 37.

791 Vgl. zur aufschiebend bedingten Vollmacht: ZÄCH/KÜNZLER, BK, Art. 33 OR N 111 und Art. 38 OR N 7; KLEIN, ZK, Art. 33 OR N 76.

792 SCHMID JÖRG, S. 37.

793 LACHAT, Bail à loyer, S. 104 in Fn. 106.

794 DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 111 in Fn. 716 m.w.H.; vgl. auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 47; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, Rz 226 und 228; SCHWANDER, BSK ZGB, Art. 169 ZGB N 17: «Wegen des zwingenden Charakters des Art. 169 und des besonderen Normzwecks kann ein Ehegatte nicht weit im Voraus seine Zustimmung zu zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften geben. Vielmehr ist sie zu jedem genügend konkretisierten und terminierten Rechtsgeschäft neu, separat und ausdrücklich erforderlich.»

Neben der gegenseitigen Bevollmächtigung ist es empfehlenswert, die Folgen für das Innenverhältnis und namentlich die jeweiligen Beiträge zu regeln. War etwa die hälftige Bezahlung der Mietzinse und Nebenkosten vereinbart, so können die Parteien etwa bestimmen, dass die Beitragspflicht der Mieter bei einer Kündigung unverändert bis zum Eintritt des Kündigungstermins weiter bestehen bleibt, oder vorsehen, dass ein ausziehender Mieter unter Umständen im Innenverhältnis von der Bezahlung befreit wird, namentlich wenn der verbleibende Mieter nach der Trennung den Vertrag nicht innert bestimmter Frist kündigt.

5.2. Kündigung ohne Vollmacht

Handelt eine Person in fremdem Namen, fehlte es jedoch an einer Vollmacht, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Vertretungswirkung dennoch eintritt, sei es durch **Genehmigung** (Art. 38 OR) oder aufgrund des **Gutglaubensschutzes Dritter (vgl.** Art. 33 Abs. 3**,** Art. 34 Abs. 3 **und** Art. 37 OR**).**[795] Bei der Abgabe der Kündigungserklärung ohne Vollmacht sind verschiedene Punkte zu beachten.

Nicht um einen Fall der vollmachtlosen Vertretung handelt es sich zunächst, wenn der die Kündigung Erklärende die im Zeitpunkt der Abgabe bestehende Vollmacht nachträglich beibringt oder der Vertretene die Bevollmächtigung bestätigt.[796]

Handelt der Erklärende ohne Vollmacht, so besteht bei der Abgabe von Gestaltungserklärungen – wie bei der Kündigung eines Mietvertrags – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein **Rückweisungsrecht** des Empfängers.[797] Begründet wird dieses Recht mit der Unzumutbarkeit, eine Erklärung entgegenzunehmen, deren Wirkung noch von einer Genehmigung abhängig und damit ungewiss ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch vorausgesetzt, dass die Rückweisung durch den Empfänger «sofort» erklärt wird. Unterlässt der Empfänger diese Erklärung oder gibt er sie verspätet ab, so befindet sich das einseitige Rechtsgeschäft in einem Schwebezustand, weshalb eine nachträgliche Genehmigung oder Nichtgenehmigung grundsätzlich möglich wird.[798]

Im Zusammenhang mit der vollmachtlosen Vertretung bei der Kündigung ist weiter zu beachten, dass eine **nachträgliche Genehmigung i.S.v.** Art. 38 OR

795 Siehe vorne, S. 18 ff., zu den Ausführungen betreffend die gemeinsame Vertretung beim Vertragsschluss.

796 Vgl. Urteil des BGer 4A_478/2015 vom 20. Mai 2016 E. 3.1 m.w.H.

797 Urteile des BGer 4A_478/2015 vom 20. Mai 2016 E. 3.1; 4A_107/2010 vom 3. Mai 2010 E. 2.3; vgl. auch ZÄCH/KÜNZLER, BK, Vor Art. 32-40 OR N 104 ff.; WATTER, BSK OR, Art. 38 OR N 4; KLEIN, ZK, Art. 38 OR N 71.

798 Urteile des BGer 4A_478/2015 vom 20. Mai 2016 E. 3.1; 4A_107/2010 vom 3. Mai 2010 E. 2.3.

für die Wirksamkeit auch dann erforderlich ist, wenn der Kündigende sich auf die Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 419 ff. OR beruft. Diese Vorschriften regeln lediglich das Innenverhältnis zwischen dem kündenden Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn (z.B. Haftung und gegenseitige Ansprüche).[799] Das Vertretungsrecht nach den Art. 32 ff. OR betrifft demgegenüber das Aussenverhältnis zwischen dem kündigenden Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn auf der einen Seite und dem Dritten andererseits. Ohne Vollmacht – oder nachträgliche Genehmigung i.S.v. Art. 38 OR – kann auch in diesem Fall keine Vertretungswirkung herbeigeführt werden.[800]

Die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung der Kündigung i.S.v. Art. 38 OR ist in der mietrechtlichen Lehre zwar nach wie vor umstritten,[801] wird aber vom Bundesgericht grundsätzlich als zulässig erachtet.[802] Kündigt ein Mitmieter den Mietvertrag im Namen der einfachen Gesellschaft und unterbleibt die sofortige Rückweisung des Mieters, ist die nachträgliche Genehmigung gemäss Art. 38 OR nach der hier vertretenen Auffassung zulässig. Unproblematisch ist der Fall, bei der die Zustimmung vor Beginn der Kündigungsfrist eintritt, namentlich infolge Fristansetzung durch den Vermieter (vgl. Art. 38 Abs. 2 OR). Diesfalls ist die Kündigung rechtzeitig erfolgt und der Vertrag wird auf den entsprechenden Kündigungstermin hin beendet.[803] Dies wird auch bei der gemeinsamen Miete von Ehepaaren im Zusammenhang mit der Kündigung der Familienwohnung bzw. Art. 169 ZGB bejaht, sofern die nachträgliche Zustimmung vor Beginn der Kündigungsfrist erfolgt.[804]

Trifft die Zustimmung bzw. die nachträgliche Genehmigung zu spät ein, stellt sich die Frage, ob die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Abgabe der vollmachtlosen Erklärung zurückwirkt oder die Kündigung gemäss Art. 266a Abs. 2 OR auf den nächstmöglichen Termin erfolgt.

---

799 Vgl. BGE 83 III 121 E. 3; SCHMID JÖRG, ZK, Art. 424 OR N 26; vgl. auch RUDOLPH, Handkommentar, Art. 419 OR N 13.

800 Vgl. SCHMID JÖRG, ZK, Art. 424 OR N 26-28; RUDOLPH, Handkommentar, Art. 419 OR N 13, vgl. dazu auch ZÄCH/KÜNZLER, ZK, Art. 38 OR N 63 ff.

801 Zustimmend: DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 98; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 35; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 266-266o OR N 28; seit der neusten Auflage auch LACHAT, Bail à loyer, S. 825 m.w.H.; a.M. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 73 f.; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266o OR N 4.

802 Vgl. Urteile des BGer 4A_478/2015 vom 20. Mai 2016 E. 3.1; 4A_107/2010 vom 3. Mai 2010 E. 2.3; offengelassen noch in Urteil des BGer vom 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); vgl. im Allgemeinen auch KLEIN, ZK, Art. 38 OR N 71 m.w.H.

803 Vgl. LACHAT, Bail à loyer, S. 825; OESCHGER, Mietrecht für die Praxis, S. 774.

804 Siehe dazu vorne, S. 143.

Vorbehältlich einer abweichenden Parteivereinbarung wirkt die nachträgliche Genehmigung i.S.v. Art. 38 OR nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses zurück (ex tunc).[805] Würde eine Rückwirkung auch im Zusammenhang mit der Kündigung eines unbefristeten Mietvertrags bejaht, so gilt die Kündigung rückwirkend im Zeitpunkt als ausgesprochen, in dem sie der vollmachtlos handelnde Mitmieter erklärt hat. Eine solche Rückwirkung ist für den Kündigungsempfänger nach der hier vertretenen Auffassung im Zusammenhang mit der Abgabe einer Kündigungserklärung aber weder zumutbar noch sachgerecht. Dem Kündigungsempfänger stünde nicht mehr die ganze Kündigungsfrist zur Weitervermietung oder zur Suche eines neuen Mietobjekts zur Verfügung. Zudem wäre unklar, wie sich die 30-tägige Anfechtungsfrist i.S.v. Art. 273 OR berechnen würde, da die Kündigung, wenn sie rückwirkend als gültig erachtet wird, als empfangsbedürftige Erklärung auch rückwirkend i.S. der genannten Bestimmung «empfangen» worden wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung wirkt die nachträgliche Genehmigung der Kündigung i.S.v. Art. 38 OR ex nunc und gilt auf den nächstmöglichen Kündigungstermin.[806]

Beispielsweise beträgt bei einem Mietvertrag über eine Wohnung die Kündigungsfrist drei Monate und der nächste Kündigungstermin ist der 31. März. Kündigt ein Ehegatte bereits anfangs Dezember ohne Zustimmung bzw. Vollmacht des anderen Ehegatten, so hat die Genehmigung dem Vermieter bis spätestens am 31. Dezember zuzugehen, andernfalls die Kündigung nicht per 31. März wirksam wird.

5.3. Kündigung des Mietvertrags in eigenem Namen

Zur gültigen Vertretung i.S.v. Art. 32 OR ist neben der Vollmacht erforderlich, dass der Vertreter in fremdem Namen handelt. Geht das Vertretungsverhältnis ausdrücklich aus der Kündigung hervor, ergeben sich keine Probleme.[807] Ist das Vertretungsverhältnis nicht angegeben bzw. geht es nicht aus der Urkunde

---

805 Urteil des BGer 4A_107/2010 vom 3. Mai 2010 E. 2.3; WATTER, BSK OR, N. 8 zu Art. 38 OR; vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 205 f., welche darauf hinweist, dass die Dauer des Schwebezustands verringert werden kann, wenn der Vermieter der Mieterschaft gestützt auf Art. 38 Abs. 2 OR zur Genehmigung ansetzt.

806 So im Ergebnis auch LACHAT, Bail à loyer, S. 825 in Fn. 8, der sich der Meinung von CORBOZ, S. 14 anschliesst: «On peut considérer, - ce qui a notre préférence -, qu'il s'agit d'un acte incomplet, comme dans le cas du congé donné par un mineur capable de discernement. La ratification est donc possible, mais pour le calcul du délai et du terme, on doit considérer que le congé a été donné au moment où l'acte a été complété, c'est-à-dire au moment où la ratification a été communiquée au destinataire»; vgl. auch OESCHGER, Mietrecht für die Praxis, S. 774.

807 BACHOFNER, Rn. 129.

hervor, liegt in der Regel ein **Eigengeschäft** der unterzeichnenden Person vor. Die Kündigung eines Mieters, die nicht im Namen sämtlicher Mitmieter erfolgt, ist unwirksam.[808] Aufgrund dieses formellen Erfordernisses ist ein stillschweigendes Handeln für den anderen Mieter (vgl. Art. 32 Abs. 2 OR) meistens ausgeschlossen.[809] Bei der Vertretung zur Kündigung des Mietvertrags ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung allerdings betreffend die formellen Anforderungen mild. Nach dieser Rechtsprechung ist es zur Wirksamkeit der durch einen Vertreter ausgesprochenen Kündigung nicht zwingend erforderlich, dass die Kündigungserklärung einen Hinweis auf die Stellvertretung enthält. Es reicht, wenn der Vertragspartner aus den Umständen auf ein Vertretungsverhältnis schliessen muss.[810] Geht aus der Kündigung nicht klar hervor, ob die Kündigung in eigenem oder in fremdem Namen bzw. für die Gemeinschaft ausgesprochen wurde, so ist dies anhand der Umstände nach dem Vertrauensprinzip zu entscheiden.[811] So ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine durch die Liegenschaftsverwaltung ausgesprochene Kündigung in Vertretung des Vermieters zulässig, auch wenn der Name des Vermieters nicht genannt wird, sofern dem Mieter bekannt ist, dass die Liegenschaft durch die Liegenschaftsverwaltung für den Vermieter bewirtschaftet wird, oder dem Mieter dies aufgrund der Umstände bekannt sein musste.[812] Für eine stillschweigende Vertretung im Rahmen der Kündigung sprechen namentlich das Verhältnis der Mitmieter untereinander oder ein passives Verhalten des Vertretenen während der Vertragsdauer.[813] Wenn demgegenüber die Mitmieter sämtliche Schreiben an den Vermieter während der Dauer des Mietverhältnisses gemeinsam unterzeichnet haben, so sprechen die Umstände bei einer Kündigung durch einen Mitmieter gegen ein Vertretungsverhältnis.[814]

808 Vgl. Urteile des BGer 4A_196/2016 vom 24. Oktober 2016 E. 3.1.1; 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.) zur Kündigung des Vermieters; LACHAT, Bail à loyer, S. 824.

809 Siehe vorne, S. 19.

810 Vgl. Urteile des BGer 4A_196/2016 vom 24. Oktober 2016 E. 3.3.1; 4A_12/2010 vom 25. Februar 2010 E. 3.4.1; 4A_189/2009 vom 13. Juli 2009 E. 1.1; 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.) zur Kündigung des Vermieters; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. August 2003 E. 3, in mp 2005, S. 186 ff.; BÄTTIG, MRA 2005, S. 25; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 204; LACHAT, Bail à loyer, S. 824; vgl. auch KLEIN, ZK, Art. 32 OR N 98.

811 Vgl. Urteil des BGer 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); BACHOFNER, Rn. 129.

812 Vgl. Urteil des BGer 4A_12/2010 vom 25. Februar 2010 E. 3.4.1; BACHOFNER, Rn. 130.

813 Urteil des BGer 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 5.3.2.3 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 204.

814 DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 204.

5.4. Kündigung durch einen Mieter bei unbekanntem Aufenthalt des Mitmieters

Fraglich ist, ob eine Kündigung des Mietvertrags durch den verbleibenden Mieter allein (und ohne Vollmacht) gegenüber dem Vermieter unter Umständen zulässig ist, wenn der Aufenthaltsort des ausgezogenen Mieters unbekannt ist. Vorbehältlich einer allenfalls stillschweigenden Vertragsänderung (Parteiwechsel)[815] und des Rechtsmissbrauchs – worauf sogleich zurückzukommen ist –, ist dies zu verneinen. Bei der Kündigung seitens der Mieterschaft kann der Auszug eines Mieters – wie nachfolgend ausgeführt[816] – dazu führen, dass das Innenverhältnis – namentlich die einfache Gesellschaft – zwischen den Mietern aufgelöst wird. Willigt der ausgezogene Mieter nicht in die Kündigung ein, kann der verbleibende und kündigungswillige Mieter die **Mitwirkung des anderen Mieters auf dem Gerichtsweg erzwingen.**[817] Diese Möglichkeit besteht auch dann, wenn der Aufenthaltsort des betreffenden Mieters nicht bekannt ist. Ist der Aufenthaltsort des ausgezogenen Mieters unbekannt, und weist der Mieter nach, dass der Aufenthaltsort trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO), so erfolgen die gerichtlichen Zustellungen auf dem Weg der öffentlichen Publikation. Lässt sich der betreffende Mieter nicht vernehmen, ergeht ein Säumnisentscheid.[818]

Ein Sonderfall liegt im Falle der **Dringlichkeit** bei der Kündigung eines Mietobjekts durch eine Erbengemeinschaft i.S.v. Art. 266i OR vor, bei der nach der hier vertretenen Auffassung eine Kündigung eines Miterben im Namen der Erbengemeinschaft unter Umständen zulässig sein kann.[819]

Auch von der Vermieterseite ist eine Kündigung des Mietvertrags selbst dann gegenüber sämtlichen Mietern möglich, wenn der Aufenthaltsort des ausgezogenen Mieters unbekannt ist.[820] Alsdann ist die Kündigung zwar gegenüber allen Mitmietern auszusprechen, kann aber zulässigerweise an die letzte bekannte Adresse zugestellt werden.[821]

815 Siehe dazu näher vorne, S. 114 ff.

816 Siehe dazu hinten, S. 187 ff.

817 Siehe dazu hinten, S. 187 ff.

818 Vgl. WILLISEGGER, BSK ZPO, Art. 234 ZPO N 22.

819 Dazu näher hinten, S. 177 ff.

820 Anders etwa in der deutschen Rechtsprechung: OLG Frankfurt, NJW-RR 1991/ 459 f., wonach die Kündigung des Vermieters nach Treu und Glauben ausnahmsweise auch dann zulässig ist, wenn sie nur gegenüber dem in der Wohnung verbliebenen Mitmieter erklärt wird, da der andere Mieter sei Jahren unbekannt verzogen ist.

821 Vgl. dazu näher vorne, S. 144 f.

5.5. Missbräuchliche Berufung des Vermieters auf die Nichtigkeit einer Kündigung

OESCHGER weist darauf hin, dass die Berufung des Vermieters auf eine Kündigung eines (verbleibenden) Mieters ausnahmsweise missbräuchlich sein kann, wenn der andere Mieter schon lange ausgezogen ist und kein Interesse mehr am Mietobjekt hat. Zur Begründung führt sie aus, dass das Bundesgericht im umgekehrten Fall, da der Vermieter seine Kündigung nur an den verbleibenden Mieter richtete, die Berufung dieses Mieters auf die Nichtigkeit der nur an ihn gerichteten Kündigung als missbräuchlich erachtete.[822] Obwohl die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht ohne Kritik geblieben ist,[823] überzeugt der sich auf diese Rechtsprechung stützende Umkehrschluss.

Gemäss diesen Urteilen verhält sich ein Mieter rechtsmissbräuchlich, der sich auf Art. 266n OR beruft und die Nichtigkeit der Kündigung geltend macht, da diese dem Ehegatten nicht zugestellt worden sei, wenn der betreffende Ehegatte die Familienwohnung verlassen hat und sich für die Kündigung überhaupt nicht interessiert.[824] Zwar handelten diese Fälle von der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf Art. 266n OR, in BGE 140 III 291 ff. fehlte es jedoch gemäss den Feststellungen der Vorinstanz nicht nur an der separaten Zustellung der Kündigung, sondern es wurde auch bemängelt, dass die an einen Ehegatten zugestellte Kündigung nicht sämtliche Mieter aufführte, namentlich die mitmietende Ehefrau.[825] Folglich ist aus dem Entscheid zu schliessen, dass das Bundesgericht nicht nur die Berufung auf die fehlende separate Zustellung i.S.v. Art. 266n OR an den Ehegatten als rechtsmissbräuchlich erachtete, sondern – bei gemeinsam Mietenden – auch die Berufung auf das Fehlen einer an sämtliche Parteien gerichteten Kündigung. Gestützt auf diese Erwägungen erscheint es ebenfalls missbräuchlich, wenn sich ein Vermieter als Adressat einer Kündigung des im Mietobjekt befindlichen Mieters auf die Nichtigkeit der Kündigung beruft, wenn der betreffende – nicht kündigende oder eine Vollmacht dazu gebende Mieter – die Wohnung verlassen hat und sich für die Kündigung überhaupt nicht interessiert. Um eine rechtsmissbräuchliche Berufung durch den Vermieter bejahen zu

822 OESCHGER, Mietrecht für die Praxis, S. 775 f.

823 Siehe dazu namentlich KOLLER THOMAS, ZBJV 2016, S. 8-11.

824 BGE 139 III 7 E. 2.3.2; 140 III 491 E. 4.2.3.

825 BGE 140 III 491 E. 4.2.2: «Immerhin habe aber der Vermieter, der sich im Falle einer Mitmieterschaft auf eine Mahnung respektive ein Kündigungsformular beschränke, in der Anschrift sämtliche Mieter des betroffenen Mietobjekts aufzuführen. Dies sei vorliegend unterblieben.»

können, müssen nicht nur diese Umstände vom Mieter nachgewiesen werden, sondern auch die Kenntnis dieser Umstände[826] durch den Vermieter (direkt oder über eine Hilfsperson).[827]

IV. Die unwirksame Teilkündigung

1. Übersicht

Eine Teilkündigung liegt im Allgemeinen vor, wenn erklärt wird, **bloss einen Teil des Vertragsverhältnisses zu beenden.**[828] Eine Teilkündigung des Mietvertrags kann in sachlicher, persönlicher, zeitlicher oder formeller Hinsicht vorliegen.[829] Vorliegend interessiert allein die Teilkündigung in persönlicher Hinsicht, d.h. die Kündigung erfolgt nur mit Bezug auf einen oder einzelne Parteien einer Parteiengruppe. Daneben ist vor allem die Teilkündigung in sachlicher Hinsicht von praktischer Bedeutung (z.B. nur ein Zimmer einer Wohnung). Diesbezüglich wird auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung verwiesen.[830]

2. Die Teilkündigung in persönlicher Hinsicht

Wie bereits gesehen ist eine Kündigung, die nur mit Bezug auf einen oder einzelne Parteien einer Parteiengruppe ausgesprochen wird, nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung.[831] Wird danach unterschieden, ob die Kündigung vom Vermieter oder der Mieterschaft ausgeht, sind im Wesentlichen folgende Konstellationen möglich:

826 Es verhält sich ähnlich wie bei der Kündigung durch den Vermieter bei Ferienabwesenheit des Mieters. Eine missbräuchliche Berufung auf den Empfang der Kündigung wäre zu bejahen, wenn der Vermieter die Kündigung mit dem Wissen um die Abwesenheit des Mieters zustellen lässt, um die Kenntnisnahme der Kündigung durch den Mieter und deren Anfechtung zu vereiteln; vgl. dazu BÄRTSCHI/ACKERMANN, Empfang bei Ferienabwesenheit, Rz. 52 m.V. auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PF140033 vom 2. Oktober 2014 E. 4.2.

827 Wer einen Rechtsmissbrauch behauptet, hat die besonderen Umstände nachzuweisen, welche den behaupteten Missbrauch begründen: BGE 134 III 52 E. 2.1; 133 III 61 E. 4.1.

828 Vgl. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 96; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266a OR N 1.

829 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 96 ff.

830 Vgl. zum Grundsatz der Unteilbarkeit: Urteil des BGer 4C.6/2002 vom 10. September 2002 E. 6: «Dato che il contratto di locazione forma un tutto, la disdetta deve riguardare la totalità dell'oggetto della locazione, una disdetta parziale non può metter fine al contratto»; Urteil des BGer 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5b, in: SJ 1995, S. 53 ff.; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266a OR N 1; zur ausnahmsweisen Teilkündigung, wenn das Mietverhältnis kein einheitliches Ganzes bildet: Vgl. OESCHGER, Mietrecht für die Praxis, S. 782 ff.; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 266-266o OR N 21-26; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 96-108.

831 Siehe vorne, S. 135 f.

a) Der Vermieter kündigt einem einzelnen Mieter;
b) Die Mieter kündigen gemeinsam, aber nur für einen einzelnen Mieter;
c) Ein Mieter kündigt «seinen Anteil» am Mietvertrag; und
d) Ein Mieter kündigt den gemeinsamen Mietvertrag für sämtliche Mieter.

Aus Vermietersicht liegt eine nichtige Teilkündigung vor, wenn **nur einem Mieter oder einzelnen Mietern** einer Mietermehrheit **gekündigt** wird (Bst. a).[832] Am Fortbestand des Mietverhältnisses ändert sich nichts, wenn der betreffende Mitmieter nicht auf die Kündigung reagiert. Ein bloss passives Verhalten stellt in der Regel keine stillschweigende Zustimmung zu einer entsprechenden Vertragsänderung dar (Ausscheiden des Mitmieters).[833] Selbst wenn eine solche Zustimmung des einzelnen Mitmieters vorliegen würde, wäre für eine wirksame Vertragsänderung das Einverständnis der übrigen Mieter erforderlich.[834] Die Mitmieter bleiben mit anderen Worten vertraglich gebunden und haften weiterhin für sämtliche Schulden aus dem Mietverhältnis, selbst wenn einzelne oder sämtliche Mieter die Wohnung in der Zwischenzeit verlassen haben.[835] Die Haftung derjenigen Mieter, die das Mietobjekt verlassen haben, bleibt auch bestehen, wenn der Vermieter die Mietzinszahlungen von den anderen, im Objekt verbleibenden, Mitmieter vorbehaltlos entgegennimmt[836] und keine Vertragsänderung nachgewiesen ist.

Spiegelbildlich liegt eine Teilkündigung aus Mietersicht vor, wenn die **Mieter zwar gemeinsam, aber nur für einen oder einzelne Mieter kündigen** (Bst. b). Das ist beispielsweise bei drei Mitmietern der Fall, die erklären, den Mietvertrag mit Bezug auf einen Mitmieter zu kündigen. Die gemeinsame Kündigung aller Mieter für bloss einen oder einzelne Mitmieter entfaltet keine gestaltende Wirkung.[837] Unabhängig davon kann im Einzelfall umstritten

832 PERMANN, OFK Mietrecht, Vor Art. 253-274g OR N 88.

833 Siehe dazu näher vorne, S. 114 ff.

834 Siehe dazu vorne, S. 115.

835 KAISER, Rz. 3; LACHAT, Bail à loyer, S. 104; HANS SCHMID, S. 353; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 3a in: Pra 1996, Nr. 240: Der Auszug eines Konkubinatspartners ändert gegenüber dem Vermieter grundsätzlich nichts am Weiterbestehen des Mietvertrags; vgl. Urteil des Bundesgericht 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4, in welchem das Bundesgericht die Haftung eines Mitmieters – welcher das Mietobjekt bereits verlassen hatte – für einen Schaden bejahte, der dadurch entstand, dass der andere Mieter widerrechtlich im Mietobjekt verblieben ist. Es bejahte eine Haftung des Mitmieters gestützt auf die Zurechnungsnorm von Art. 101 OR mit der Begründung, jeder Mitmieter sei Hilfsperson des anderen; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 9. Dezember 1996 E. IV, in: CDB 1997, S. 55.

836 Vgl. Urteil des BGer 4C.474/1995 vom 13. Mai 1996 E. 4, in: Pra 1996 Nr. 240; KAISER, Rz 3; OESCHGER, Mietrecht für die Praxis, S. 775; zur Haftung des ausgezogenen Mieters bei Vertragsverletzungen: siehe hinten, S. 244 ff.

837 Siehe dazu vorne, S. 135 f.

sein, ob der Vermieter durch sein Verhalten die Kündigung mit Bezug auf den einzelnen Mitmieter akzeptiert und so dem Ausscheiden des Mieters stillschweigend zustimmt (einvernehmliche Vertragsänderung),[838] denn anders als bei der vorhergehenden Situation liegt der Wille zur Teilaufhebung des Vertrags zumindest aus Mietersicht vor. Wiederum kann jedoch aus einem bloss passiven Verhalten des Vermieters keine stillschweigende Zustimmung zur Vertragsänderung bzw. zur Teilaufhebung abgeleitet werden.[839]

Unter dem Begriff der Teilkündigung ist schliesslich auch der Fall zu verstehen, da **ein oder einzelne Mieter ihren «Anteil» am Mietvertrag** zu **kündigen** beabsichtigten und alsdann die Kündigung für sich aussprechen (Bst. c). Auch diese Erklärung entfaltet keine Wirkung.[840]

Nicht um eine Teilkündigung handelt es sich nach der hier verwendeten Terminologie, wenn ein oder einzelne Mieter das gesamte Mietverhältnis kündigen, es also an der für die Kündigung erforderlichen Gemeinsamkeit fehlt bzw. an der Erklärung aller Mieter (Bst. d). Kündigt der Mieter im Namen der Gemeinschaft, ohne hierzu ermächtigt worden zu sein, so liegt ein vollmachtloses Handeln vor. Gibt der Mieter die Kündigungserklärung demgegenüber in eigenem Namen ab, liegt ein Eigengeschäft vor. Dieses entfaltet keine Vertretungswirkung. Diese beiden Fälle wurden an anderer Stelle eingehend behandelt.[841]

3. Gegenkündigungstheorie: Ausnahmsweise Zulässigkeit der Teilkündigung?

In der älteren Lehre wird vereinzelt vorgeschlagen, dass ein einzelner Mieter den Mietvertrag für sich allein kündigen dürfe, wenn der kündigende Mieter analog zu Art. 269d Abs. 1 Satz 2 OR[842] eine Bedenkfrist von 10 Tagen einhalte, damit der Vermieter unter Einhaltung der Kündigungsfrist mit einer Gegenkündigung an den oder die verbleibenden Mieter reagieren könne. Auf der anderen Seite hätte auch der Vermieter unter Einhaltung der besagten Bedenkfrist die Möglichkeit, nur einem einzelnen Mieter zu kündigen (sog. Gegenkündigungstheorie).[843]

838 Siehe dazu vorne, S. 135 f.

839 Siehe dazu näher vorne, S. 114 ff.

840 Vgl. zu diesem Fall: DIETSCHY-MARTENET Concubins, S. 108; KAISER, Rz 3.

841 Siehe vorne, S. 152 ff.

842 Art. 269d Abs. 1 OR: «Der Vermieter kann den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen.»

843 Vgl. PULVER, S. 69; dazu auch ZIHLMANN, S. 126, der darauf hinweist, dass diese Lösung «umstritten» sei; MENGE, S. 17, bezeichnet diese Lösung als «interessant»; a.M. DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 108; SCHMID HANS, S. 375.

Diese Auffassung ist aus mehreren Gründen abzulehnen. Wie bereits erörtert, sind bei Teilkündigung die widerstrebenden Interessen der Vertragsparteien zu berücksichtigen. Die diskutierte **Lösung befriedigt vor allem das Interesse des ausziehenden Mieters** an einer einfachen Ablösung aus dem Vertrag. Sowohl der Vermieter als auch die Mitmieter sind durch den Auszug in der Regel benachteiligt. Für den Vermieter bedeutet die Befreiung aus dem Mietvertrag insbesondere eine unfreiwillige Einbusse an Haftungssubstrat. Die verbleibenden Mieter werden vor die Wahl gestellt, entweder ebenfalls zu kündigen oder den ganzen Mietzins und die Nebenkosten zu tragen. Im Übrigen hat sich die einseitige Vertragsänderung gemäss Art. 269d OR bei mehreren Mietern aufgrund der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses an sämtliche Mitmieter zu richten und begründet im Falle der direkten Anwendung kein Recht, die Vertragsänderung nur hinsichtlich eines einzelnen Mitmieters durchzusetzen.[844] Folglich scheitert eine analoge Anwendung dieser Bestimmung – neben der fehlenden Berücksichtigung aller involvierter Interessen – wertungsmässig auch daran, dass der Gesetzgeber nicht vorsieht, einzelne Mitmieter unterschiedlich zu behandeln. Mithin fehlt es für die genannte Lösung an einer ausreichenden Rechtsgrundlage, und die Gegenkündigungstheorie ist abzulehnen.[845] Wollen die Parteien einem Mieter ein Teilkündigungsrecht einräumen, so hat dies mit dem Willen aller Vertragsparteien gemeinsam zu erfolgen.

2. Kapitel: Kündigung des Vermieters gegenüber mehreren Mietern

I. Allgemeines

1. Ordentliche und ausserordentliche Kündigung

Das ordentliche Kündigungsrecht ist in den Art. 266a–266f OR geregelt.[846] Ordentlich ist das Kündigungsrecht, da der Vertragspartner den Mietvertrag in der Art und Weise einseitig auflöst, wie es dieser oder das Gesetz für den «störungsfreien Vertragsablauf» vorgesehen hat.[847] Die Parteien können das unbefristete Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine kündigen, sofern sie keine längere Frist oder keinen anderen Termin vereinbart haben (Art. 266a OR). Zwar setzt die ordentliche Kündigung von Wohn- oder Geschäftsräumen keinen besonderen Kündigungsgrund voraus,

844 Zur Einheitlichkeit des Mietvertrags: siehe vorne, S. 69 f.

845 Vgl. DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 108; SCHMID HANS, S. 375 in Fn. 66.

846 MÜLLER, SVIT-Kommentar, Vor Art. 266–266o OR N 52.

847 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 75.

sie ist jedoch gemäss Art. 271 Abs. 1 OR anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Treuwidrig ist eine Kündigung im Allgemeinen, wenn die kündigende Partei an ihr kein objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse hat.[848] Das schützenswerte Interesse an einer ordentlichen Kündigung kann namentlich im Verhalten des Mieters begründet sein.[849]

Die ausserordentliche Kündigung ist in der Regel die Folge einer Vertragsstörung,[850] sei es in Form einer eigentlichen Pflichtverletzung (Zahlungsverzug gem. Art. 257d OR, Schlechtleistung gem. Art. 259b OR oder Verletzung von Sorgfalt und Rücksichtnahme gem. Art. 257f OR) oder einer sonstigen Störung (Gefährdung der Erfüllung bei Konkurs gem. Art. 266h OR, Todesfall gem. Art. 266i oder ein wichtiger Grund gem. Art. 266g OR).[851] Ausnahmsweise gründen die ausserordentlichen Auflösungsgründe auf einen gesetzgeberischen Entscheid oder einer richterlichen Güterabwägung (z.B. die Eigenbedarfskündigung gem. Art. 261 Abs. 2 OR oder die Kündigung während der Erstreckung gem. Art. 272d OR) oder werden durch Parteien vertraglich vereinbart, namentlich als Konkretisierung des wichtigen Grundes gemäss Art. 266g OR.[852]

2. Zurechnung von Kündigungsgründen bei verhaltensbedingten Kündigungen

Wird der vom Vermieter geltend gemachte ordentliche oder ausserordentliche Kündigungsgrund in irgendeiner Form durch das Verhalten der Mieterschaft begründet (verhaltensbedingte Kündigung), ist zu untersuchen, inwiefern das Verhalten der Mitmieter in diesem Zusammenhang gegenseitig zurechenbar ist und wie diese Zurechnung dogmatisch begründet wird.[853]

Im Allgemeinen gilt, dass **der von einem einzelnen Mieter gesetzte Kündigungsgrund zur Kündigung durch den Vermieter ausreicht,** auch wenn der andere Mieter sich vertragskonform verhält. Dies lässt sich in allgemeiner Form wie folgt begründen:

Zunächst handelt es sich bei der gemeinsamen Miete um ein einheitliches Rechtsverhältnis, das nur als Gesamtheit und für alle Beteiligten besteht. Es liegt mithin nur ein einziger Mietvertrag vor und keine selbständigen Mietver-

848 BGE 142 III 91 E. 3.2.1; 140 III 496 E. 4.1; 138 III 59 E. 2.1; siehe auch Urteil des BGer 4A_284/2019 vom 1. Oktober 2019 E. 2.1.

849 Vgl. zum Begriff der verhaltensbedingten Kündigung: WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 181 f.

850 GAUCH, Beendigung, S. 27; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 79.

851 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 79.

852 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 79.

853 Vgl. zur Fragestellung auch WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 174.

träge mit den einzelnen Mietern.[854] Folglich ist es aufgrund der Rechtsnatur der gemeinsamen Miete vorbehältlich abweichender vertraglicher Bestimmungen ausgeschlossen, das Mietverhältnis nur mit demjenigen zu beenden, der den Kündigungsgrund gesetzt hat.

Den verhaltensbedingten Kündigungen liegt in der Regel weiter eine Vertragsstörung zugrunde, die sich zulasten des Vermieters auswirkt. So bezwecken denn auch namentlich die ausserordentlichen Kündigungsgründe regelmässig den Schutz des Vermieters. Die Zahlungsverzugskündigung i.S.v. Art. 257d OR und die Kündigung infolge Konkurs nach Art. 266h OR bezwecken den Schutz des Vermieters als Gläubiger der vertraglichen Zahlungspflichten. Dies gilt auch für die Kündigungen nach Art. 257f und 266g OR, die im Wesentlichen in der Unzumutbarkeit des Vermieters gründen, das Mietverhältnis fortzusetzen. Da die Kündigung dem Schutz des Vermieters dienen, kann es mithin aufgrund des Zwecks der Kündigung nicht bedeutsam sein, wer von der Mieterschaft den Kündigungsgrund setzt.

Weiter ist bei verhaltensbedingten Kündigungen im Allgemeinen anerkannt, dass der Mieter als Vertragspartner des Vermieters für das vertragswidrige Verhalten von Dritten, denen er den Zugang zur Mietsache gewährt oder den Mitgebrauch gestattet (z.B. Hausgenossen, Angestellte, Gäste, Untermieter, Handwerker, Lieferanten, Haustiere), einzustehen hat und für deren vertragsgemässe Benützung der Mietsache verantwortlich ist.[855] Besteht eine Verantwortlichkeit für die Hausgenossen und die Haustiere des Mieters, so hat dies auch für den Mitmieter zu gelten. So wie der Mieter darauf einzuwirken hat, dass der Hausgenosse keine Vertragsstörung verursacht, ist es auch in seiner Macht, dies gegenüber seinem Mitmieter zu tun. Die gegenseitige Verantwortlichkeit wird von der Lehre und Rechtsprechung denn auch einhellig gestützt auf Art. 101 OR anerkannt.[856]

Zwar handelt es sich bei Art. 101 OR um eine Zurechnungsnorm für Schäden, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.

---

854 Zur Abgrenzung: siehe vorne, S. 65 f.

855 BGE 103 II 330 E. 2b; 98 II 288 E. 2; REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257f OR N 71-72; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257f OR N 26 m.w.H.

856 Vgl. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 86; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 117; DIESELBE, Colocataires, S. 198; MICHELI, S. 17, WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 145; DILLIER, S. 266; WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, BSK OR, Art. 101 OR N 8; SCHMID JÖRG, S. 40; vgl. auch Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.1; abweichend in der Begründung das Urteil des BGer 4A_429/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 2.2, wo das Bundesgericht die einzelne Verpflichtung zum vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache dogmatisch nicht auf Art. 101 OR stützte, sondern als unteilbare Leistung i.S.v. Art. 70 OR qualifizierte, deren Erfüllung von jedem einzelnen gefordert werden kann.

Es ist aber anerkannt, dass diese Bestimmung darüber hinaus sinngemäss auch für andere Haftungsfolgen bzw. Rechtsverluste als Schadenersatzpflichten herangezogen werden kann (z.B. Rücktrittsrecht).[857]

Art. 101 OR ist auch für die Zurechnung zwischen Mietern massgebend, die eine einfache Gesellschaft bilden. Zwar bestimmt Art. 544 Abs. 3 OR, dass die Gesellschafter Dritten gegenüber solidarisch haften, wenn diesen gegenüber Verpflichtungen eingegangen worden sind; die Bestimmung beantwortet jedoch nicht die Frage, ob und nach welcher Massgabe sich ein Gesellschafter das Verhalten eines anderen Gesellschafters bei der Erfüllung des Vertrags zurechnen lassen muss.[858]

Differenzierter ist der Fall zu beurteilen, da die Kündigung vonseiten der Mieterschaft ausgesprochen wird und der Kündigungsgrund nur bei einem einzelnen Mieter vorliegt. So stellt sich etwa die Frage, ob es für die Kündigung gestützt auf Art. 266g OR genügt, dass die Unzumutbarkeit einen von mehreren Mietern betrifft oder die Fortsetzung des Mietverhältnisses für sämtliche Mieter unzumutbar zu sein hat.[859]

II. Ordentliche Kündigung

Das Mietrecht kennt keinen Katalog von zulässigen Kündigungsgründen.[860] Positiv ausgedrückt ist eine ordentliche Kündigung im Allgemeinen zulässig, wenn sie einem objektiven, ernsthaften und schützenswerten Interesse des Kündigenden entspricht und die Kündigung nicht in eine Sperrfrist i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR fällt.[861]

Unter dem Blickwinkel von Art. 271 OR sind etwa ordentliche Kündigungen aus Gründen zulässig, die eine ausserordentliche Kündigung ermöglichen würden, und zwar auch dann, wenn nicht alle tatbestandsmässigen Voraussetzungen erfüllt sind. So kann eine ordentliche Kündigung infolge Verletzung der Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme begründet sein, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 oder 4 OR nicht erfüllt sind.[862] Auch andere

857 WEBER ROLF, BK, Art. 101 OR N 154; vgl. SPIRO, S. 429.

858 Zum Ganzen: FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 113 und N 122–129 m.w.H.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 544 OR N 94–96.

859 Siehe dazu hinten, S. 173 ff.

860 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 181.

861 Statt vieler: FUTTERLIEB, SVIT-Kommentar, Art. 271 OR N 28; Vgl. Urteil des BGer 4C.61/2005 vom 27. Mai 2005 vom E. 4.1 (übersetzt in: MRA 2005, S. 117 ff.).

862 Statt vieler: FUTTERLIEB, SVIT-Kommentar, Art. 271 OR N 30; zur Kasuistik: REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257f OR N 75.

Verletzungen gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten der Mieter können ein schutzwürdiges Interesse an einer ordentlichen Kündigung begründen.[863]

Steht die ordentliche Kündigung im Zusammenhang mit einer verhaltensbedingten Vertragsstörung, spielt es nach dem Gesagten keine Rolle, ob nur ein oder sämtliche Mieter hierfür verantwortlich sind. Ein Mieter muss sich das (störende) Verhalten des anderen nach Massgabe von Art. 101 OR anrechnen lassen.[864]

Spiegelbildlich kommt es auch nicht darauf an, ob die Treuwidrigkeit einer verhaltensbedingten Kündigung seitens des Vermieters nur einzelne oder alle Mieter betreffen.[865] Art. 271a Abs. 1 und 2 OR listet einzelne Fälle anfechtbarer Kündigung auf, die in einem weiteren Sinn ebenfalls das Verhalten der Mieterschaft betrifft.[866] Es kommt beispielsweise nicht darauf an, ob nur ein einzelner Mieter – für die Gemeinschaft – oder mehrere Mieter nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend machen (lit. a) oder ob nur ein einzelner Mieter zum Erwerb der gemieteten Wohnung veranlasst werden soll (lit. c).[867] Ebenso kann es nicht darauf ankommen, ob sich die zur Kündigung Anlass gebenden familiären Verhältnisse i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. f OR nur bezüglich eines von mehreren Mietern verändert haben.[868]

III. Ausserordentliche Kündigungsgründe

1. Kündigung infolge Zahlungsverzugs

Bleibt die Leistung des Mietzinses trotz Nachfristansetzung und Androhung der Kündigung innert der in Art. 257d Abs. 1 OR vorgeschriebenen Frist von 30 Tagen aus, ist die Vermieterin gestützt auf Art. 257d Abs. 2 OR berechtigt, die Kündigung unter Einhaltung einer Frist von 30 Tagen auf jedes Monatsende auszusprechen. Die Bestimmung bezweckt den Schutz des Vermieters als Gläubiger und erlaubt es ihm, bei Ausbleiben der Zahlung das Mietverhältnis ausserordentlich zu kündigen und damit dem Mieter seine Leistung für die Zukunft zu verweigern.[869] Tatbestandsmässig vorausgesetzt ist ein Rückstand mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten nach der Übernahme

863 Vgl. FUTTERLIEB, SVIT-Kommentar, Art. 271 OR N 31 f.

864 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 181.

865 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 181.

866 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 181.

867 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 181.

868 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 182.

869 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 257d OR N 1.

der Sache.[870] Besteht ein einheitlicher Mietvertrag mit mehreren Mietern, kommen die Mieter bei ausbleibender Zahlung unabhängig davon in Verzug, ob sie für die Mietzinsen und Nebenkosten solidarisch oder anteilsmässig haften.[871] Bei Vorliegen von Solidarität bei zwei Mietern kommen somit **beide Mieter in Verzug, sobald der vertraglich geschuldete Mietzins am Verfalltag nicht vollständig bezahlt ist.**[872] Ist mit dem Vermieter eine anteilsmässige Bezahlung vereinbart (Teilschuld), so kann der Vermieter zwar von jedem Mieter nur den vereinbarten Teil verlangen.[873] Leistet der Mitmieter seinen Anteil jedoch nicht, ist der Tatbestand von Art. 257d Abs. 1 OR dennoch erfüllt, da bei einem einheitlichen Mietverhältnis mit mehreren Mietern ein einheitlicher Vertrag besteht und der darin vereinbarte Mietzins nicht vollständig bezahlt ist.[874] Um eine Zahlungsverzugskündigung abzuwenden, ist der andere Mitmieter mithin zwar nicht rechtlich, aber faktisch verpflichtet, auch die Teilschuld des anderen zu erfüllen.

Das Gesetz kennt kein Regressrecht für Teilschuldverhältnisse, wie dies für die passive Solidarität in den Art. 148 und 149 OR vorgesehen ist.[875] Bezahlt ein nur anteilsmässig haftender Mieter zur Abwendung der Kündigung durch den Vermieter den Anteil des anderen ganz oder teilweise, so leistet er im Innenverhältnis eine Nichtschuld.[876] Für den Ausgleichsanspruch gegenüber dem anderen Mieter ist bedeutsam, ob er die Schuld ohne, gegen oder mit dem Willen des anderen erfüllt hat.[877] Tilgt er die Schuld des anderen Teilschuldners beispielsweise ohne dessen Willen, so begründet dies in der Regel einen Ausgleichsanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).[878]

Sowohl die **Kündigungsandrohung als auch die Kündigung sind an sämtliche Mitmieter zu richten** und können in einem gemeinsamen Schreiben erfolgen,[879] müssen aber – falls separate Schreiben versandt werden – nicht

870 Näher zur Tatbestandsvoraussetzung des Zahlungsrückstands: HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257d OR N 7 ff.

871 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 175 f.; DILLIER, S. 256 f.

872 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 176; vgl. DILLIER, S. 256 f.

873 KRAUSKOPF, BK, Art. 143 OR N 52.

874 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 175 f.; DILLIER, S. 256 f.

875 KRAUSKOPF, BK, Art. 143 OR N 63.

876 KRAUSKOPF, BK, Art. 143 OR N 63.

877 Vgl. KRAUSKOPF, BK, Art. 143 OR N 63 und Art. 145 OR N 85 ff.

878 KRAUSKOPF, BK, Art. 143 OR N 63 und Art. 145 OR N 87; im Resultat auch WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 176, und DILLIER, S. 257, die jedoch untechnisch von einem «Regress» sprechen.

879 MAAG, HAP, Rz. 2.96; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 34; REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257d OR N 39; LACHAT, Bail à loyer, S. 100; vgl. auch WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 175; BEHRENS, S. 260.

notwendigerweise gleichzeitig an die Mieter verschickt werden.[880] Falls die Zustellung an mehrere Mieter oder Ehegatten bzw. eingetragene Partner bei der Familienwohnung nicht gleichzeitig erfolgt, so ist für den Fristenlauf der Zugang und Empfang der zuletzt eingetroffenen Mitteilung massgebend.[881] Bei Familienwohnungen ist zu beachten, dass die Mitteilungen nach Art. 257d OR separat zuzustellen sind (vgl. Art. 266n OR). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Anforderungen an eine separate Zustellung auch erfüllt, wenn ein Ehegatte nur eine Kopie des an den mietenden Gatten adressierten Briefs erhält, sofern die Zahlungsaufforderungen in separaten Sendungen erfolgen.[882] Mithin ist eine Zahlungsverzugskündigung grundsätzlich nichtig, die auf einer Fristansetzung mit Kündigungsandrohung basiert und nicht separat i.S.v. Art. 266n OR zugestellt worden ist (vgl. Art. 266o OR).[883]

2. Kündigung wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht

Gemäss Art. 257f OR muss der Mieter die Sache sorgfältig gebrauchen (Abs. 1). Der Mieter einer unbeweglichen Sache muss auf Hausbewohner und Nachbarn Rücksicht nehmen (Abs. 2). Verletzt der Mieter trotz schriftlicher Mahnung des Vermieters seine Pflicht zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme weiter, sodass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist, so kann der Vermieter fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Abs. 3). Der Vermieter von Wohn- oder Geschäftsräumen kann jedoch fristlos kündigen, wenn der Mieter vorsätzlich der Sache schweren Schaden zufügt (Abs. 4).

Bei der Pflicht, Vertragsstörungen im Sinne von Art. 257f OR zu vermeiden, handelt es sich um eine **unteilbare Leistung (Unterlassungspflicht) der Mieter (vgl. Art. 70 Abs. 2 OR).**[884] Sämtliche Mieter sind verpflichtet, das Mietobjekt sorgfältig zu gebrauchen und bei der Miete unbeweglicher Sachen auf die Hausbewohner und Nachbarn Rücksicht zu nehmen.[885] Die ausserordentliche

---

880 MICHELI, S. 9.

881 REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257d OR N 33; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257d OR N 39; Maag, HAP, Rz. 2.103; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 257d OR N 7.

882 Vgl. Urteil des BGer 4A_451/2011 vom 29. November 2011 E. 5; MAAG, HAP, Rz. 2.95.

883 Urteil des BGer 4C.441/2006 vom 23. März 2007 E. 4.3.2; BGE 118 II 42 E. 3; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257d OR N 36; REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257d OR N 38; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266m/n OR; MAAG, HAP, Rz. 2.95.

884 Vgl. Urteil des Bezirksgerichts de la Chaux-de-Fonds vom 6. Dezember 2007, in: DB 2008, S. 53 f.; siehe auch vorne, S. 43.

885 Urteil des BGer 4A_429/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 2.2: «Comme lexige l'art. 257f al. 3 CO, le bailleur a adressé une protestation écrite, mais le locataire a continué d'enfreindre son devoir d'utiliser la chose conformément à l'usage convenu. Il faut observer ici que

Kündigungsmöglichkeit gründet darin, dass die wiederholte oder andauernde Pflichtverletzung derart schwer wiegt, dass dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar wird.[886] Zur Erfüllung des Tatbestands von Art. 257f OR spielt es keine Rolle, wer die Vertragsstörung verursacht: Auch der nur von einem einzelnen Mieter zu verantwortende Auflösungsgrund betrifft das ganze (einheitliche) Mietverhältnis.[887] Nicht nur haften die Mieter für ihre Hausgenossen,[888] sie sind im Rahmen dieser Bestimmung auch jeweils als Erfüllungsgehilfen des anderen i.S.v. Art. 101 OR zu betrachten.[889] Mithin genügt es, wenn die Vertragsstörung von einem Mieter verursacht wird und derart schwer wiegt, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar wird.[890] Der Mieter ist für seinen Mitmieter oder Dritte nicht nur für die Folgen von Pflichtverletzungen i.S. dieser Bestimmung verantwortlich, diese bildet auch Grundlage für etwaige Schadenersatzansprüche des Vermieters.[891] Inwieweit der belangte, aber nicht pflichtwidrig handelnde Mieter auf den Störer Rückgriff nehmen kann, bestimmt sich nach dem Innenverhältnis. Gemäss Art. 538 Abs. 2 OR haftet ein Gesellschafter grundsätzlich den übrigen Gesellschaftern für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden.[892] Anders als bei der Zahlungsverzugskündigung sieht das Gesetz keine Pflicht vor, die Mahnung i.S.v. Art. 257f Abs. 3 OR bei Familienwohnungen von Ehegatten oder eingetragenen Partnern separat zuzustellen.[893] Die Pflicht zur

l'obligation étant indivisible, chacun des colocataires doit être considéré comme obligé»; vgl. auch Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3 Juli 2006 E. 4; noch offengelassen in Urteil des Bundesgerichts vom 15. März 1983 E 2d, in: SG 1983 Nr. 225; MICHELI, S. 10 f.

886 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257f OR N 58–61.

887 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257f OR N 89; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 86; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 101; REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257f OR N 71 ff.; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 257f OR N 3; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 176; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 9. September 1996 E. III/c, in: CdB 1997, S. 12.

888 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257f OR N 26.

889 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 86; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 101; WEBER ROLF, BK, Art. 101 OR N 154, wonach Art. 101 OR nicht nur als Zurechnungsnorm für durch Hilfspersonen verursachte Schäden dient, sondern sinngemäss auch auf andere Haftungsfolgen bzw. Rechtsverluste als Schadenersatzpflichten herangezogen werden kann (z.B. Rücktrittsrecht). Vgl. für das Verhältnis zu Art. 544 Abs. 3 OR: FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 122 ff.

890 BEHRENS, S. 258; DILLIER, S. 257; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 86; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 176; vgl. auch WEBER ROLF H., Frank et al, § 7 N 26; a.M. SCHMID HANS, S. 376; MICHELI, S. 10 f.

891 Reudt, SVIT-Kommentar, Art. 257f OR N 73.

892 MICHELI, S. 17; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 192.

893 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257f OR N 54; REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257f OR N 56.

separaten Zustellung gemäss Art. 266n OR gilt jedoch für die gegebenenfalls bei erfolgloser Mahnung ausgesprochene Kündigung.[894] Selbst wenn die Vertragsstörung nur von einem einzelnen Mieter verursacht wird, muss die Abmahnung i.S.v. Art. 257f Abs. 3 OR an sämtliche Mieter gerichtet sein.[895] Die Mahnung muss mithin auch an den nicht störenden Mieter gerichtet sein, da dieser gestützt auf Art. 101 OR für den anderen verantwortlich ist und er zur Abwendung der Kündigung die Möglichkeit erhalten muss, auf den Störer einzuwirken, um den vertragsgemässen Zustand wiederherzustellen. Wird die Mahnung nicht an sämtliche Mieter gerichtet, ist die daraufhin ausgesprochene Kündigung unwirksam.[896]

3. Kündigung nach Veräusserung der Sache

Keine Besonderheiten bestehen bei der ausserordentlichen Kündigung infolge Eigendarfs des Vermieters. Veräussert der Vermieter die Sache nach Abschluss des Mietvertrags, so geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Der neue Eigentümer kann das Mietverhältnis jedoch gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR bei Wohn- und Geschäftsräumen mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn er einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerte geltend macht. Diese Kündigungsmöglichkeit hat ihre Berechtigung im «dringenden» Eigenbedarf des Vermieters, der unabhängig davon besteht, ob ein oder mehrere Personen eine Sache mieten.[897]

4. Kündigung aus wichtigem Grund

Aus wichtigen Gründen, die die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, können die Parteien das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen (Art. 266g Abs. 1 OR). Der Richter bestimmt die vermögensrechtlichen Folgen der vorzeitigen Kündigung unter Würdigung aller Umstände (Art. 266g Abs. 2 OR). Dieses gesetzliche Kündigungsrecht ist Abbild des allgemeinen Grundsatzes, dass Dauerschuldverhältnisse aus

---

894 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 257f OR N 68.

895 BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, S. 818; DILLIER, S. 257; BACHOFNER, Rn. 168; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 257f OR N 4; MAAG, HAP, Rz. 2.133; REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257f OR N 56; LACHAT, Bail à loyer, S. 100.

896 Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 18. Juni 2004, in: mp 2005, S. 170 f., wo der Mietvertrag aufgrund von Ruhestörungen eines von zwei Mietern ausgesprochen, die Mahnung aber nur an den Störer gerichtet wurde; ausdrücklich auch: REUDT, SVIT-Kommentar, Art. 257f OR N 56; MAAG, HAP, Rz. 2.133.

897 Zur Situation bei mehreren Vermietern: WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 182 f., nach welchem der Eigenbedarf von einem der Vermieter für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerte genügt.

wichtigen Gründen vorzeitig beendet werden können.[898] Wichtige Gründe liegen bei Umständen vor, die die Vertragserfüllung – sowohl subjektiv als auch objektiv – unzumutbar machen.[899] Die Unzumutbarkeit kann nur bejaht werden, wenn die geltend gemachten Umstände bei Vertragsschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und von der kündigenden Partei nicht verschuldet sind. Diese Voraussetzungen werden aus dem Grundsatz der clausula rebus sic stantibus abgeleitet.[900] Das Gericht entscheidet nach Recht und Billigkeit (vgl. Art. 4 ZGB).[901] Die gesetzliche Kündigungsfrist beträgt für Geschäftsräume sechs und für Wohnräume drei Monate (vgl. Art. 266b und 266c OR). Die angerufenen Umstände müssen derart schwer wiegen, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Auflösungstermin unzumutbar ist.[902] Praktisch bedeutsam ist die Auflösung aus wichtigem Grund vor allem dort, wo die Parteien eine lange Mindestvertragsdauer oder einen befristeten Mietvertrag abgeschlossen haben.[903]

Resultiert die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses durch den Vermieter aus dem **Verhalten der Mieterschaft, so reicht es aus, wenn dieser Kündigungsgrund von einem der mehreren Mieter gesetzt wird.**[904] Für die Begründetheit der Kündigung ist mithin einzig entscheidend, ob das Mietverhältnis aus Sicht der kündigenden Partei – vorliegend des Vermieters – unzumutbar ist.[905] Namentlich berechtigen persönliche Differenzen gegebenenfalls zur Kündigung nach Art. 266g OR.[906] Reicht beispielsweise einer von mehreren Mietern gegen den Sohn der Vermieterin eine Strafanzeige ein und diskreditiert damit die Vermieterin bei einer politischen Partei, der so-

898 Urteil des BGer 4A_54/2018 vom 11. Juli 2018 E. 3.1.

899 Urteile des BGer 4A_54/2018 vom 11. Juli 2018 E. 3.1; 4A_20/2015 vom 13. Juli 2015 E. 3.1; 4A_142/2012 vom 17. April 2012 E. 3.1; 4A_594/2010 vom 12. Januar 2011 E. 2.3.

900 BGE 122 III 262 E. 2.a/aa; Urteile des BGer 4A_54/2018 vom 11. Juli 2018 E. 3.1; 4A_20/2015 vom 13. Juli 2015 E. 3.1; vgl. zur clausula rebus sic stantibus: BGE 138 V 366 E. 5.1/2; 135 III 1 E. 2.4; 127 III 300 E. 5b.

901 Urteile des BGer 4A_54/2018 vom 11. Juli 2018 E. 3.1; 4A_20/2015 vom 13. Juli 2015 E. 3.1; 4A_142/2012 vom 17. April 2012 E. 3.1.

902 Vgl. Urteil des BGer 4A_594/2010 vom 12. Januar 2011 E. 2.3 (übersetzt in: mp 2011, S. 147 ff.).

903 Vgl. HULLIGER, S. 1; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG150198 vom 11. Dezember 2017 E. 4.1.3.

904 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 90; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 177; Urteil des Bezirksgerichts Zürich MB170010 vom 16. Oktober 2017 E. 1.1, in: ZMP 2017, Nr. 12.

905 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266g OR N 5b; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 90; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 177.

906 BGE 113 II 31 E. 2c; Urteile des BGer 4A_20/2015 vom 13. Juli 2015 E. 3.2 (übersetzt in: MRA 2015, S. 221 ff.); 4A_269/2015 vom 2. November 2015 E. 3.2.2; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266g OR N 5; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266g OR N 35.

wohl der betreffende Mieter als auch die Vermieterin und ihr Sohn angehören, kommt es für die Frage der Unzumutbarkeit seitens der Vermieterschaft nicht darauf an, ob noch andere Personen am Mietvertrag als Mieter beteiligt sind.[907]

Sofern der geltend gemachte Grund im Verhalten oder in einer Eigenschaft der einzelnen oder sämtlicher Mieter liegt, ist nach Art. 266g OR zwar grundsätzlich keine Abmahnung erforderlich; erfolgt jedoch keine Abmahnung, muss der Kündigungsgrund für eine ausserordentliche Kündigung besonders schwer wiegen[908] oder sich eine Abmahnung von vornherein als unnütz erweisen (vgl. Art. 108 OR).[909] Ist eine Abmahnung erforderlich, so ist diese nur dann wirksam, wenn sie – wie die schriftliche Mahnung nach Art. 257f Abs. 3 OR – an alle Mieter gerichtet wird.[910]

5. Kündigung infolge Konkurses des Mieters

Wird über den Mieter der Konkurs eröffnet, so beendet dieser Entscheid das Mietverhältnis anders als im Pachtrecht (vgl. Art. 297a OR) nicht ohne Weiteres.[911] Fällt der Mieter nach Übernahme der Sache in Konkurs, so kann der Vermieter gemäss Art. 266h OR für künftige Mietzinse jedoch Sicherheit verlangen. Er muss dafür dem Mieter und der Konkursverwaltung schriftlich eine angemessene Frist setzen (Art. 266h Abs. 1 OR). Erhält der Vermieter innert dieser Frist keine Sicherheit, so kann er gemäss Absatz 2 dieser Bestimmung fristlos kündigen.

Fraglich ist, in welchen Fällen bei der Miete von mehreren Mietern ein Anspruch des Vermieters auf Sicherheitsleistung besteht, wenn nur **ein einzelner Mieter in Konkurs fällt.** Nach der einhelligen Lehre besteht im Wesentlichen ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung bei der gemeinsamen Miete in drei Fällen:[912] Haben die Mieter mit dem Vermieter eine anteilsmässige Haftung für den Mietzins und die Nebenkosten vereinbart und fällt ein Mieter in Konkurs, besteht gemäss Lehre ein Anspruch auf Leistung einer Sicherheit gegenüber allen Mietern für den Anteil des Konkursiten.[913] Die Fristansetzung i.S.v. Art. 266h Abs. 1 OR muss an

907 Vgl. Urteil des BGer 4A_20/2015 vom 13. Juli 2015 E. 3.2 (übersetzt in: MRA 2015, S. 221 ff.).

908 BGE 138 III 305 E. 7 zum Markenschutz; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266g OR N 5a; Urteil des Bezirksgerichts Zürich MB170010 vom 16. Oktober 2017 E. 1.2, in: ZMP 2017, Nr. 12.

909 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266g OR N 5a.

910 Siehe dazu vorne, S. 169.

911 Urteil des BGer 4C.252/2005 vom 6. Februar 2006 E. 5.1 m.w.H. (übersetzt in: MRA 2006, S. 151 ff.); MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266h OR N 6.

912 Vgl. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266h OR N 5.

913 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 180; DILLIER, S. 259.

sämtliche Mieter und die Konkursverwaltung gerichtet sein.[914] Handelt es sich um eine Familienwohnung, so befürwortet die wohl herrschende Lehre analog Art. 266n eine separate Fristansetzung an den Ehegatten bzw. den registrierten Partner.[915]

Vor dem Hintergrund des Zwecks der Bestimmung genügt es, wenn die Sicherheit für künftige Mietzinse im Umfang des betreffenden Anteils erfolgt. Auf eine über den Anteil hinausgehende Sicherheit hat der Vermieter mit anderen Worten gestützt auf diese Bestimmung keinen Anspruch. Haften die Mitmieter solidarisch, besteht der Anspruch auf Sicherheitsleistung zunächst für den Fall, dass sämtliche Mieter in Konkurs fallen.[916] Fällt nur einer von mehreren Mietern in Konkurs, so ist das Interesse des Vermieters als Gläubiger der Mietzinse und Nebenkosten aufgrund der solidarischen Haftung in der Regel ausreichend geschützt. Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung wird von der einhelligen Lehre jedoch dann bejaht, wenn der Vermieter aufgrund des Konkurses eines von mehreren Mietern nachweisen kann, dass die Bezahlung der Mietzinse konkret gefährdet ist.[917] Eine Gefährdung wurde etwa in einem Fall bejaht, da die Mietzinse nach der Konkurseröffnung über einen Mieter wiederholt verspätet bezahlt wurden.[918] Damit der Vermieter nach dem Konkurs nicht abwarten muss, ob sich eine Gefährdung konkretisiert, befürworten HIGI und BÜHLMANN analog Art. 266h Abs. 1 OR das Recht, vom anderen Mieter innert angemessener Frist eine Erklärung zu verlangen, wie dieser gedenkt, die künftigen Mietzinse zu leisten.[919] Die analoge Anwendung von Art. 266h Abs. 1 OR überzeugt nach der hier vertretenen Auffassung nicht. Zwar hat der Vermieter

914 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266h OR N 5; DILLIER, S. 258.

915 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266h N 4 und Art. 266m–266n OR N 8; BLUMER, Rn. 90, 809 und 901; BISE/PLANAS, Droit du bail, Art. 266h OR N 14; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l–266o OR N 44; BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, S. 840; MAAG, HAP, Rz. 2.201; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266h OR N 50; eher bejahend auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 71; a.M. jedoch HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253–273c N 135.

916 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266h OR N 5; DILLIER, S. 258.

917 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266h OR N 5; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 180; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266h OR N 11; LACHAT, Bail à loyer, S. 919; Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 17. Oktober 2016 E. 2.1, in: mp 2017, S. 285 ff.; BISE/PLANAS, Droit du bail, Art. 266h OR N 14; BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, S. 840; BLUMER, Rn. 92 und 902; MAAG, HAP, Rz. 2.195; ähnlich auch HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 89.

918 Urteil des Kantonsgerichts Genf vom 17. Oktober 2016 E. 2.1, in: mp 2017, S. 285 ff., wo der Konkurs über den Mitmieter am 30. Januar 2014 eröffnet wurde. In der Folge wurden der Mietzins für Januar 2014 am 4. Februar 2014 bezahlt und derjenige für Februar 2014 am 11. März 2014. Anfang April 2014 waren überdies die Mietzinse für März und April ausstehend. Das Gesuch an die Mieter um Sicherheitsleistung erfolgte am 11. April 2014.

919 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 89; DILLIER, S. 259.

ein Interesse daran, schnellstmöglich zu ermitteln, ob der andere Mieter die künftigen Mietzinse leisten kann, würde ein Recht auf Fristansetzung gewährt, müsste jedoch geklärt werden, was die Rechtsfolge wäre, wenn der Mieter dieser Aufforderung nicht oder nur ungenügend nachkommt. Eine analoge Anwendung von Art. 266h Abs. 1 OR würde nur dann Sinn machen, wenn in einem solchen Fall eine Gefährdung angenommen und ein Kündigungsrecht bestehen würde (Fiktion). Für eine solche Rechtsfolge fehlt es nach der hier vertretenen Auffassung an einer ausreichenden Rechtsgrundlage. Es steht dem Vermieter aber in der Praxis auch ohne Rechtsgrundlage offen, den betreffenden Mieter anzuschreiben und um freiwillige Angabe zu ersuchen, wie er die künftigen Mietzinse zu bezahlen gedenkt.

3. Kapitel: Kündigung von mehreren Mietern gegenüber dem Vermieter

I. Allgemeines

Wie der Vermieter können auch die Mieter ein unbefristetes Verhältnis ordentlich oder ausserordentlich kündigen.[920] Da ordentliche Kündigungen der Mieter in der Praxis kaum angefochten werden, beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf ausserordentliche Kündigungen der Mieter. Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Kündigung der Mieter aus wichtigem Grund. Nachfolgend nicht behandelt werden die Kündigung wegen eines schweren Mangels (Art. 259b lit. a OR) und die Beendigung des Mietverhältnisses während der Erstreckung (Art. 272d OR).

II. Kündigung aus wichtigem Grund

Beim Mietvertrag mit mehreren Mietern ist in der Lehre umstritten, ob es zur Kündigung nach Art. 266g OR ausreicht, dass der wichtige Grund lediglich bei einem von mehreren Mitmietern vorliegt,[921] oder ob vorausgesetzt ist, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für sämtliche Mieter unzumutbar wird.[922] Bei letzterer Auffassung wird teilweise präzisiert, dass dies nicht bedeute, der

920 Zu den Kündigungsarten: siehe vorne, S. 161 f.

921 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 177; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 90.

922 SCHMID HANS, S. 376; PERMANN, mp 1997, S. 207; MICHELI, S. 13; so auch das Urteil des Mietgerichts Waadt vom 30. März 1998, in: DB 2000, S. 23 ff.: «Toutefois, il juge q'en cas de bail commun, comme […] la continuation du contrat doit devenir intolérable pour tous les colocataires.»

angerufene Grund müsse bei sämtlichen Mietern vorliegen (z.B. schwere Krankheit). Der bei nur einem Mieter vorliegende Grund könne jedoch eine Reflexwirkung auf die anderen Mieter haben und damit die Fortsetzung des Mietverhältnisses für die Gemeinschaft unzumutbar machen.[923] Das Bundesgericht setzte sich zwar noch nicht ausdrücklich mit dieser Streitfrage auseinander, bejahte die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses jedoch in Fällen, da der wichtige Grund nur bei einem der Mieter vorlag.[924]

Die möglichen Fallkonstellationen der Auflösung aus wichtigem Grund können grob in vier wesentliche Kategorien eingeteilt werden. Der angerufene Grund kann durch einen Umstand begründet sein, (i) der nicht im Einflussbereich der Parteien liegt (objektiver Grund), oder er liegt entweder in (ii) der kündigenden Person, (iii) in der Gegenpartei oder in (iv) deren Beziehung zueinander.[925] Nach der hier vertretenen Auffassung können diese Gründe weiter danach unterteilt werden, ob der Gebrauch der Mietsache unzumutbar wird oder die Erfüllung der Pflichten aus dem Mietvertrag, namentlich die Bezahlung der Mietzinse und Nebenkosten, gefährdet.

Unproblematisch ist der Fall, in dem der von den Mietern angerufene Kündigungsgrund in (dauerhaft) veränderten Verhältnissen liegt, die nicht im Einflussbereich der Parteien liegen und den (gemeinsamen) Gebrauch der Mietsache unzumutbar machen (objektive Gründe). In diesen Fällen sind bereits aufgrund der Art der veränderten Verhältnisse sämtliche Mieter als Gemeinschaft betroffen. MÜLLER nennt etwa den Fall, da eine veränderte Strassenführung negative Auswirkungen auf das Mietobjekt hat, sei es, dass Wohnungsmieter mit einer markanten Mehrbelastung durch Verkehrslärm konfrontiert sind oder Geschäftsmieter eine bis anhin gute Passantenlage verlieren.[926] Eine vorzeitige Auflösung des Mietverhältnisses kann auch aufgrund von dringenden Bauarbeiten gerechtfertigt sein, die aufgrund einer konkreten und unmittelbaren Gefahr für die Bewohner nicht bis zum Ende des Mietverhältnisses hinausgeschoben werden können.[927]

923 DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 199; WESSNER, DB 2000, S. 25.

924 Urteil des BGer 4C.375/2000 vom 31. August 2001 (übersetzt in: Pra 2001, Nr. 177), wo in eine von zwei Personen gemietete Wohnung eingebrochen wurde und eine Mieterin geltend machte, dass sie sich seit dem Vorfall in ärztlicher Behandlung befinde und der Arzt davon ausgehe, nur ein Wohnungswechsel könne Heilung bringen.

925 Vgl. HULLIGER, S. 3 ff.; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG150198 vom 11. Dezember 2017 E. 4.1.3; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 897 und N 907; ähnlich HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 266g OR N 44, die eine Dreiteilung vornehmen.

926 MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266g OR N 22.

927 Vgl. Urteil des BGers 4A_594/2010 vom 12. Januar 2011 E. 2.3 (übersetzt in: mp 2011, S. 147 ff.); MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266g OR N 23.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, bei dem zwar ebenfalls der Gebrauch des Mietobjekts bis zum nächstmöglichen ordentlichen Beendigungstermin unzumutbar wird, diese Unzumutbarkeit jedoch in der Person eines der kündigenden Mieter liegt.[928] Nach der hier vertretenen Auffassung genügt es, wenn der von sämtlichen Mietern geltend gemachte Grund hierfür in den Verhältnissen von einem von mehreren Mietern liegt. Liegt die Unzumutbarkeit beispielsweise mit Bezug auf einen Mieter aufgrund einer schweren Krankheit vor, ist bei einer gemeinsamen Kündigung durch die Mieter nicht separat nachzuweisen, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses auch für den anderen Mieter unzumutbar wird. Das Bundesgericht scheint diese Auffassung zu teilen, ohne sich jedoch ausdrücklich mit den Lehrmeinungen auseinanderzusetzen. So können sich etwa zwei Mieter auf Art. 266g OR berufen, wenn einer von ihnen unter dem Eindruck eines Einbruchs erwiesenermassen in eine ernsthafte psychische Krise gerät und in seiner Wohnung unter panikartigen Angstgefühlen leidet (ernsthafte Krankheit).[929] Das Gericht prüfte nicht separat, inwiefern die Unzumutbarkeit auch den anderen Mieter betroffen hat. Für die Unzumutbarkeit genügte es, dass der Grund sich in einem der Mieter verwirklichte. Denkbar ist auch, dass einer der Mieter aufgrund eines schweren Unfalls an einen Rollstuhl gebunden ist, aber die Wohnung nicht hindernisfrei zugänglich ist.[930] Der zusätzliche Nachweis einer Reflexwirkung, die die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für sämtliche Mieter unzumutbar macht, würde die Auflösung des Mietverhältnisses über Gebühr erschweren, zumal die finanziellen Interessen der Vermieterschaft durch Art. 266g Abs. 2 OR ausreichend geschützt sind.[931] Man stelle sich vor, derjenige Mitmieter, der die Tatsache eines Einbruchs schadlos überwunden hat, müsse zusätzlich nachweisen, dass die Weiterführung der Miete aufgrund der psychischen Krise des Mitmieters auch für ihn unzumutbar geworden sei (Reflexwirkung). Nicht nur, dass dieser Nachweis schwer zu führen ist; Beweisthema bildet einzig der angerufene wichtige Grund (ernsthafte Krankheit infolge Einbruchs) und nicht die Wirkung dieses Grundes auf den Mitmieter im Innenverhältnis.

---

928 Vgl. HULLIGER, S. 4.

929 Urteil des BGer 4C.375/2000 vom 31. August 2001 E. 3 (übersetzt in: Pra 2001, Nr. 177).

930 Vgl. Präsidialentscheid des Obergerichts des Kantons Appenzell-Ausserrhoden vom 10. Januar 1996, in: ARGVP 1996, S. 83 f., wo das Gericht die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses mit einem Mieter bejahte, dessen Konkubinatspartner (nicht Vertragspartei) dieses Schicksal erlitt und pflegebedürftig wurde; vgl. auch HULLIGER, S. 5.

931 Ähnlich WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 177, der für die Anrufung des wichtigen Grundes jedoch vorauszusetzen scheint, dass etwa ein einvernehmliches Ausscheiden des betroffenen Mieters scheitert (z.B. Übertragung der Miete auf den verbleibenden Mieter) und es sich bei der Kündigung um den einzigen Ausweg handelt.

Nicht relevant ist, wie die gemeinsam Mietenden im Innenverhältnis organisiert sind und ob es sich namentlich um Ehegatten, Konkubinatspartner,[932] eingetragene Partner oder einfache Mitbewohner handelt. Ansonsten könnte sich etwa ein Ehepaar einseitig aus dem Vertrag lösen, nachdem ein Ehegatte durch einen Einbruch nachweislich psychisch geschädigt wurde, nicht aber bei einem Mitmieter einer Wohngemeinschaft, die das Vertragsverhältnis aus dem gleichen Grund gemeinsam beenden wollen. Auch in diesem Fall bestand bei Vertragsschluss der übereinstimmende Wille, das Objekt gemeinsam zu mieten und – in aller Regel – auch gemeinsam zu gebrauchen, weshalb die veränderten Verhältnisse, die in der Unzumutbarkeit des Gebrauchs durch einen Mieter liegen, auch in diesem Fall das Gemeinschaftsverhältnis berühren. Da die Kündigung als ungeteiltes Gestaltungsrecht von sämtlichen Mietern ausgesprochen werden muss, ist auch sichergestellt, dass der angerufene wichtige Grund von allen getragen wird.

Ebenso in diese Kategorie von wichtigen Gründen fallen die Fälle, da die Unzumutbarkeit im Verhalten des Vermieters oder Dritter (z.B. Hausgenossen) oder in persönlichen Differenzen gründet.[933] Auch hier kann die Fortsetzung des Mietverhältnisses ähnlich wie bei der ernsthaften Krankheit eines Mieters bereits dann unzumutbar sein, wenn die Parteien gemeinsam kündigen, aber nur einer von mehreren Mietern betroffen ist.

Davon zu unterscheiden sind nach der hier vertretenen Auffassung veränderte Verhältnisse, die lediglich die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistungen erschweren, namentlich die Leistung der Mietzinse und Nebenkosten (finanzielle oder wirtschaftliche Gründe[934] oder auch der Tod eines

932 Vgl. Präsidialentscheid des Obergerichts des Kantons Appenzell-Ausserrhoden vom 10. Januar 1996, in: ARGVP 1996, S. 83 f., wo das Gericht betonte, dass zwischen den Konkubinatspartnern eine Beistandspflicht bestehe, welche bei einer Pflegebedürftigkeit des Partners greife, und damit für den Mieter einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung bilde.

933 Vgl. BGE 113 II 31 E. 2c; Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau ZBR.2004.49 vom 26. Oktober 2004 E. 2b, in: RBOG 2004, Nr. 10, S. 98 ff., wo die Hauswartfamilie einer Liegenschaft die Mieterin schikanierte, insbesondere als «Nutte» bezeichnete, und diese sich in ärztliche Behandlung begeben musste. Die Verwaltung wartete nach Reklamationen der Mieterin mehr als vier Monate zu, bis sie handelte; HULLIGER, S. 5; vgl. auch MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266g OR N 29 ff.

934 Vgl. zur Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse des Kündigenden HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 266g OR N 48; LACHAT, Commentaire Romand, Art. 266g OR N 3; vgl. auch Urteil des BGer 4C.280/2006 vom 16. November 2006 E. 5.2, in: mp 2008, S. 33 ff., wo es jedoch darum ging, dass der Vermieter mit der Begründung kündigte, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mieters hätten sich so verschlechtert, dass die künftige Vertragserfüllung gefährdet sei.

Mitmieters[935]). Haften die Mieter solidarisch und führen die veränderten Verhältnisse zu finanziellen Schwierigkeiten bei einem Mieter, so ist die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht ohne Weiteres unzumutbar.[936] Im Zusammenhang mit der Leistung der vereinbarten Mietzinse und Nebenkosten ist bei Vorliegen von Solidarität zu verlangen, dass die Fortsetzung aufgrund der Umstände auch für den anderen Mieter unzumutbar wird. Durch die Vereinbarung von Solidarität willigten die Mieter dazu ein, dass der ganze Mietzins und die Nebenkosten von jedem Mieter allein eingefordert werden können (vgl. Art. 144 Abs. 1 OR). Beim Tod eines Mitmieters im Besonderen ist auf die nachfolgenden Ausführungen zu verweisen.

III. Kündigung nach Tod eines Mieters

Stirbt der Mieter, so können seine Erben gemäss Art. 266i OR mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen. Stirbt ein Mitmieter, können sich die Erben und der andere Mieter nach der herrschenden Lehre gemeinsam auf Art. 266i OR (analog) berufen und den Mietvertrag ausserordentlich kündigen.[937] Bilden die Mieter im Innenverhältnis eine einfache Gesellschaft, so hat der Tod gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR zwar – unter Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung – die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, der Mietvertrag wird dadurch jedoch nicht unmittelbar beendet.[938] Vielmehr treten die Erben des Mitmieters von Gesetzes wegen in die sich in Liquidation befindende Gesellschaft ein und übernehmen gleichsam die

935 So GIGER HANS, BK, Art. 266g OR N 51, der namentlich beim Tod eines Mitmieters einen wichtigen Grund i.S.v. Art. 266g OR verortet, wenn der überlebende Mitmieter sich die Miete nicht leisten kann.

936 So auch das Urteil des Mietgerichts Waadt vom 30. März 1998, in: DB 2000, S. 23 ff., wo ein Mieter inhaftiert wurde und die beiden Mieter den Mietvertrag gemeinsam vorzeitig auflösen wollten. Der andere (solidarisch haftende) Mieter wies nicht nach, dass ihm die Erfüllung des Vertrags, namentlich die Bezahlung der Mietzinse, dadurch unzumutbar geworden wäre.

937 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266i OR N 27 und N 28 f; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 266i OR N 5; BRÄNDLI Mietrecht für die Praxis, S. 869; PERMANN, OFK, Art. 266i OR N 10; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266i OR N 5; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 114 f.; a.M. GIGER HANS, BK, Art. 266i OR N 28; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266i OR N 11 und SCHMID HANS, S. 376, welche eine Kündigungsmöglichkeit nach Art. 266g OR bejahen; vgl. auch GUINAND, S. 12. Die abweichende Auffassung stützt sich im Wesentlichen wohl auf BGE 15 I 282 E. 4 und E. 6, wonach der Tod eines Mitmieters einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung darstellen kann. Der Tod eines Mitmieters führt jedoch richtigerweise zu einer Kündigungsmöglichkeit nach Art. 266i OR und stellt nicht per se einen wichtigen Grund dar (vgl. HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 266g OR N 48 in Fn. 71 und HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266–266o OR N 88).

938 Siehe dazu hinten, S. 182; vgl. MONTINI/WAHLEN, Droit du bail, Art. 266i OR N 17; GIGER HANS, BK, Art. 266i OR N 28.

Mieterstellung.[939] Will die aus den Erben und dem anderen Mieter bestehende Gemeinschaft sich vorzeitig gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 266i OR aus dem Mietvertrag lösen, so müssen sie gemeinsam kündigen.[940]

Lag im Zeitpunkt des Todes des Mieters eine Familienwohnung vor, so erscheint es zum Schutz des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners bzw. der Familie als sachgerecht, wenn zur Kündigung der Erben i.S.v. Art. 266i OR die Zustimmung des in der Wohnung lebenden Ehegatten vorausgesetzt ist. Diese Frage ist in der Lehre umstritten, wird aber überwiegend bejaht.[941]

Sowohl eine Kündigung, die nur von den Erben ausgesprochen wird, als auch eine Kündigung, die der andere Mieter allein erklärt, stellen grundsätzlich unwirksame Teilkündigungen dar.[942] Ausnahmsweise bejahen das Bundesgericht[943] und die Lehre[944] ein Recht jedes Miterben, alleine für die Gemeinschaft zu handeln, und zwar in Fällen von Dringlichkeit oder wenn Gefahr im Verzug ist. Für seine Handlungen ist der Erbe den Miterben verantwortlich.[945] Solange die Dringlichkeit andauert, besteht ein besonderes «vorläufiges Vertretungsrecht», das zur Gültigkeit keiner nachträglichen Genehmigung der Miterben i.S.v. Art. 38 OR bedarf.[946]

939 Vgl. STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 9 m.w.H.; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 266i OR N 5.

940 WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 177 ff.; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266i OR N 27 sowie HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 266-266o OR N 88; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 266i OR N 5; MONTINI/WAHLEN, Droit du bail, Art. 266i OR N 17; LACHAT, Bail à loyer, S. 936.

941 Gl.M. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266i OR N 6; MONTINI/WAHLEN, Droit du bail, Art. 266i N 18; LACHAT, Bail à loyer, S. 937; bejahend auch Urteil des Bezirksgerichts Zürich MB160019 vom 23. März 2017 E. 3.2.6 m.w.H., in: ZMP 2017 Nr. 4; BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, S. 869; a.M. HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266i OR N 30; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266i OR N 12, die zur Begründung ausführen, die Wohnung verliere mit dem Tod des Mieters den Charakter der Familienwohnung.

942 HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 266i OR N 5; vgl. auch MONTINI/WAHLEN, Droit du bail, Art. 266i OR N 17.

943 BGE 144 III 277 E. 3.2 (übersetzt in: Pra 2019 Nr. 34, S. 380 ff.); 125 III 219 E. 1; vgl. auch Urteil des BGer 5A_512/2019 vom 28. Oktober 2019 E. 4.1.2.2; BGE 93 II 11 E. 2b; 73 II 16 2 E. 5; 58 II 195 E. 2.

944 WOLF/EGGEL, BK, Art. 602 ZGB N 91; ESCHER, ZK, Art. 602 ZGB N 13 und 60; SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, BSK ZGB, Art. 602 ZGB N 18; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rn. 1619; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 98.

945 BGE 144 III 277 E. 3.3.1 (übersetzt in: Pra 2019 Nr. 34, S. 380 ff.); 58 II 195 E. 2.

946 BGE 144 III 277 E. 3.3.1 (übersetzt in: Pra 2019 Nr. 34, S. 380 ff.): «Die Befugnisse des Erben zur Vertretung der Gemeinschaft bleiben so lange bestehen, als die Sache dringlich ist […]. Die im Rahmen einer dringlichen Situation vorgenommenen Handlungen verpflichten die Gemeinschaft vollumfänglich; da die betreffenden Handlungen gestützt auf die gesetzlichen Vertretungsbefugnisse erfolgen, unterliegen sie nicht der Genehmigung durch die Miterben»; vgl. auch WOLF/EGGEL, BK, Art. 602 ZGB N 92.

Dringlichkeit wird in Fällen bejaht, in denen das Einverständnis der Erben zur Rechtshandlung nicht erlangt werden kann oder die Bestellung eines Erbenvertreters i.S.v. Art. 603 Abs. 2 ZGB voraussichtlich nicht früh genug geschehen kann.[947] Das ist namentlich der Fall, wenn die Verwirkung einer Frist oder die Verjährung eines Rechts droht.[948] Dringlichkeit kann auch bejaht werden, wenn mit der Handlung bezweckt wird, «sonstwie drohenden Schaden durch rasches Handeln von der Erbengemeinschaft abzuwenden».[949]

Mithin kann im Rahmen des Mietverhältnisses eine Dringlichkeit sowohl bejaht werden, wenn die fristgebundene Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zur Debatte steht (z.B. Kündigungsschutzverfahren),[950] als auch zur Erklärung der Kündigung eines Mietverhältnisses i.S.v. Art. 266i OR.[951] Die Lehre gewährt den Erben in der Regel eine «angemessene Überlegungsfrist»,[952] nach deren Ablauf das ausserordentliche Kündigungsrecht «verwirkt».[953] Sind die Miterben nicht bekannt oder können sie nicht rechtzeitig benachrichtigt werden, so ist nach der hier vertretenen Auffassung eine Dringlichkeit zu bejahen, da die nicht rechtzeitige Kündigung i.S.v. Art. 266i OR die Verwirkung dieses ausserordentlichen Kündigungsrechts zur Folge hat und die daraus folgende Gebundenheit an das Mietverhältnis zu einem finanziellen Schaden der Gemeinschaft führen kann (z.B. Bezahlung des Mietzinses ohne Gebrauch oder Nutzen). Bestehen mehrere Erben, so ist jedoch zu fordern, dass die Kündigung von sämtlichen Erben ausgesprochen wird, die sich innert Frist vernehmen lassen können, zumal sich ein Erbe – trotz Dringlichkeit – nicht auf ein Notvertretungsrecht berufen kann, wenn eine ausdrückliche oder konkludente Ablehnung auch nur eines einzigen Miterben vorliegt.[954]

947 BGE 144 III 277 E. 3.3.1; 58 II 195 E. 2.

948 BGE 144 III 277 E. 3.3.1.

949 BGE 58 II 195 E. 2; 73 II 162 E. 5; WOLF/EGGEL, BK, Art. 602 ZGB N 91.

950 Vgl. BGE 58 II 195 E. 2, wo die Dringlichkeit bejaht wurde, da eine 10-tätige Frist zur Einleitung der Widerspruchsklage gemäss Art. 107 Abs. 2 SchKG bejaht wurde.

951 So wohl auch WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266i OR N 3, der auf das bundesgerichtliche Notvertretungsrecht hinweist; vgl. auch HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266i OR N 21; ähnlich MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266i OR N 9, der zwar auf die erbrechtliche Rechtsprechung verweist, jedoch – im Widerspruch dazu – eine nachträgliche Genehmigung i.S.v. Art. 38 OR zu verlangen scheint.

952 Vgl. zur Dauer: MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266i OR N 6; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266i OR N 4; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266i OR N 34–35; ZIHLMANN, S. 101; BRÄNDLI, Mietrecht für die Praxis, S. 869 f.

953 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266i OR N 33; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266i OR N 8.

954 Vgl. sinngemäss HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 535 OR N 37: «Steht aufgrund der ausdrücklichen oder konkludenten Ablehnung auch nur eines Gesellschafters fest, dass ein gutheissender Beschluss […] nicht möglich ist, darf der Geschäftsführer trotz der Gefahrensituation nicht handeln.»

Eine Übertragung des Mietverhältnisses über eine Wohnung auf den anderen Mieter oder einen von mehreren Erben ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht gestützt auf Art. 263 OR möglich, sondern setzt das Einvernehmen sämtlicher Vertragsparteien voraus.[955] Auch beim Tod eines Ehegatten hat der Vermieter einer Übertragung des Mietverhältnisses der Familienwohnung auf den anderen Ehegatten zuzustimmen.[956]

Weitgehend ungeklärt ist die Rechtslage im Sonderfall, da sämtliche Erben die Erbschaft ausschlagen. Bei einer solchen Ausschlagung gelangt die Erbschaft zur Liquidation durch das Konkursamt (vgl. Art. 573 Abs. 1 ZGB). Der Mietvertrag wird grundsätzlich weder durch den Tod des Mieters noch durch die Ausschlagung der Erbschaft beendet.[957] Geht der Nachlass in konkursamtliche Liquidation, so steht dem Konkursamt das ausserordentliche Kündigungsrecht gemäss Art. 266i OR zu.[958] Dieses hat nach der hier vertretenen Auffassung gemeinsam mit dem anderen Mieter zu kündigen, selbst wenn der andere Mieter als Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hat. Die Mitteilung des Konkursamtes, wonach es gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG erklärt, nicht in den Mietvertrag eintreten zu wollen, stellt für sich allein keine Kündigung dar.[959] Die Ausschlagung der Erbschaft muss nicht bedeuten, dass das Interesse am Mietvertrag ebenfalls nicht mehr besteht. Falls der Mieter nicht in die Kündigung einwilligt, ist es aufgrund des Sozialschutzes[960] sachgerecht, dass der Mietvertrag nach der Liquidation des Nachlasses mit dem verbleibenden Mieter fortgesetzt wird.[961] Dem Vermieter kann in diesem Fall je nach Um-

955 Siehe dazu vorne, S. 114 ff. und S. 130 f.; vgl. SCHMID HANS, S. 354; a.M. insbesondere WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266i OR N 5 und Art. 263 OR N 9 und DERSELBE, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 154 f.; vgl. betreffend die stillschweigende Übertragung des Mietvertrags das Urteil des BGer 4A_258/2014 vom 8. Juli 2014, in welchem die Söhne des verstorbenen Mieters die in der Wohnung lebende Mutter als alleinige Mieterin betrachteten und das jahrelange Dulden dieses Zustands durch die Vertragsparteien als konkludente Vertragsanpassung beurteilt wurde.

956 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK ZGB, Art. 219 OR N 15; vgl. auch WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266i OR N 6, der darauf hinweist, dass dies zur widersprüchlichen Situation führt, dass der überlebende Ehegatte schlechter gestellt ist, als der Geschiedene, ausser es werde im erstgenannten Fall eine analoge Anwendung von Art. 121 ZGB bzw. Art. 32 PartG in Betracht gezogen. Auch nicht geklärt sei, ob unter den Erben bezüglich des Mietvertrags Art. 612a ZGB analog angewandt werden könnte.

957 BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, BSK SchKG, Art. 193 SchKG N 12b.

958 So auch BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, BSK SchKG, Art. 193 SchKG N 12b; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 266i OR N 28; LACHAT, Commentaire Romand, Art. 266i OR N 2; Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 13. Juni 2000 E. III/a, in : CdB 2001, S. 37 ff.; offengelassen in Urteil des BGer 4C.252/2005 vom 6. Februar 2006 E. 5.1.

959 Urteil des BGer 4C.252/2005 vom 6. Februar 2006 E. 5.3; BGE 104 III 84 E. 3b; BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, BSK SchKG, Art. 193 SchKG N 12b.

960 Zum Sozialschutzgedanken im Mietrecht: siehe hinten, S. 221 f.

961 So auch HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 266i OR N 5.

ständen ein ausserordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zukommen, wenn ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem verbleibenden Mieter nicht zugemutet werden kann (vgl. Art. 266g OR).

4. Kapitel: Mittelbare Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags

I. Ausgangslage, Begriff und Problemstellung

Sowohl die gemeinsame Kündigung wie auch der Abschluss eines Aufhebungsvertrags setzen die übereinstimmenden Erklärungen sämtlicher Mieter voraus. Bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mietern, und **weigert sich ein Mieter, der Kündigung oder einer Aufhebungsvereinbarung zuzustimmen,** bleiben sämtliche Mieter durch den Mietvertrag gebunden.

Wie in den nachfolgenden Ausführungen im Einzelnen erörtert wird, kann ein Mitmieter, der eine Kündigung gegen den Willen der anderen Mieter anstrebt, in aller Regel die Mitwirkung des anderen zur Kündigung bei Vorliegen eines Auflösungsgrundes der einfachen Gesellschaft im Rahmen der Liquidation des Innenverhältnisses gerichtlich erzwingen.[962] Im Rahmen der äusseren Liquidation der Gesellschaft besteht ein Rechtsanspruch auf Auflösung von Verträgen mit Dritten, wozu auch Mietverträge gehören.[963] Damit ist die Beendigung des Mietvertrags «mittelbar», da die **vorgängige Auflösung des Innenverhältnisses vorausgesetzt** ist.

Nicht näher behandelt wird nachfolgend die mittelbare Auflösung des Mietvertrags bei der mietenden Erbengemeinschaft. Soweit die Verfügung über den Nachlass der Erben gemeinsam zukommt und diesbezüglich – oder auch mit Bezug auf andere Angelegenheiten – die Voraussetzungen von Art. 602 Abs. 3 ZGB vorliegen, kann ein Erbenvertreter bestellt werden.[964]

962 Vgl. GIAVARINI, MRA 2011, S. 55: „[D]en Mitmietern, welche eine Kündigung des Mietverhältnisses gegen den Willen anderer Mieter anstreben, bleibt nichts anderes übrig, als zunächst das Innenverhältnis (z.B. einfache Gesellschaft) aufzulösen, um anschliessend das Mietverhältnis im Rahmen der Liquidation des Innenverhältnisses auflösen zu können.»; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, 2014, S. 109: «Si l'un des colocataires refuse de résilier, le concubin qui veut donner congé n'a pas d'autres solution que de demander la liquidation de la société simple (art. 548 ss. CO).» MAAG, HAP, Rz. 2.52; LACHAT, Bail à loyer, S. 105 f.; vgl. auch SCHMID HANS, S. 353 f.; SCHMID JÖRG, S. 36.

963 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 109; STEININGER, Personengesellschaftsrecht, Art. 548-549 OR N 11; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 109; SCHMID HANS, S. 353; SCHMID JÖRG, S. 36.

964 Vgl. zu den materiellen Voraussetzungen: SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, BSK ZGB, Art. 602 ZGB N 46 m.w.H.

II. Kein Recht auf Ausscheiden oder Austritt

Die Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft enthalten kein Recht des Einzelnen, aus der Gesellschaft auszutreten.[965] Liegt nicht bereits ein Auflösungsgrund vor, kann der Gesellschafter jedoch die Auflösung des Innenverhältnisses bei Vorliegen bestimmter Tatbestände herbeiführen. Ein Austrittsrecht und dessen Modalitäten lassen sich allerdings vertraglich vereinbaren.[966] Bei der gemeinsamen Miete fehlt es jedoch oftmals an einer ausdrücklichen Regelung, weshalb in der Regel auf das dispositive Recht zurückzugreifen ist. Wie an anderer Stelle näher erläutert wird, hat die Auflösung des Innenverhältnisses unmittelbar keine Auswirkungen auf den Mietvertrag.[967]

III. Auflösung der einfachen Gesellschaft – einzelne Gründe

Die einfache Gesellschaft zwischen Mitmietern wird aufgelöst, wenn ein Auflösungsgrund vorliegt. Der Eintritt des Auflösungsgrunds führt jedoch nicht automatisch zur Beendigung der Gesellschaft. Vielmehr findet eine Zweckänderung statt: Es erfolgt eine Umwandlung des bisherigen Zwecks (z.B. gemeinsame Miete und Gebrauch der Mietsache) in den alleinigen Zweck, die Gesellschaft zu liquidieren.[968] Mit der Auflösung wandelt sie sich zu einer Liquidations- oder Abwicklungsgesellschaft. Die einfache Gesellschaft wird erst mit vollständigem Abschluss der Liquidation beendet.[969] Die Auflösung des Innenverhältnisses allein hat keine unmittelbare Auswirkung auf die laufenden Rechtsverhältnisse zu Dritten. Insbesondere ist sie kein Auflösungsgrund für Dauerschuldverhältnisse der Gesellschaft wie Mietverträge.[970] Diese müssen vielmehr im Rahmen der Liquidation abgewickelt werden. Darauf ist zurückzukommen.[971]

965 VON STEIGER, S. 414; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 183; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 5.

966 VON STEIGER, S. 413 f.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 184; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 5.

967 Siehe dazu sogleich, S. 182.

968 BGE 119 II 119 E. 3a; Urteile des BGer 4A_586/2011 vom 8. März 2012 E. 2; 4A_398/2010 vom 14. Dezember 2010 E. 5.2.4.5; 4A_443/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 3.2; vgl. statt vieler: HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 1; HOCH, Rn. 14; THOUVENIN, Rn. 562 m.w.H.

969 Urteil des BGer 4A_443/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 3.2; BGE 119 II 119 E. 3a; 105 II 204 E. 2a.

970 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 109; STEININGER, Personengesellschaftsrecht, Art. 548-549 OR N 11; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 109; SCHMID HANS, S. 353.

971 Siehe hinten, S. 196 ff.

1. Erreichen oder Unmöglichkeit der Zweckverfolgung

1.1. Bedeutung des Gesellschaftszwecks

Die Gesellschaft wird insbesondere dann unmittelbar aufgelöst, wenn der Zweck, zu dem sie abgeschlossen wurde, erreicht oder unmöglich geworden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Der Zweck ist ebenfalls bedeutsam für die Bestimmung, wann eine einfache Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft konkludent aufgelöst wird (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR).

Ausgangspunkt für diese Prüfung bildet der konkrete Gesellschaftszweck. Besteht der Gesellschaftszweck etwa darin, die Betriebskosten einer Arztpraxis gemeinsam zu tragen, so führt der Umstand, dass ein Gesellschafter aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit aus einer Praxisgemeinschaft ausscheidet, keine Unmöglichkeit herbei, da ihm die Tragung der Kosten möglich bleibt.[972] Trennt sich demgegenüber beispielsweise ein gemeinsam mietendes Konkubinatspaar einvernehmlich und verlässt ein Gesellschafter die Mietwohnung, so heben die Gesellschafter die einfache Gesellschaft gleichsam konkludent mit Bezug auf die Miete auf, da sie den gemeinsamen Gebrauch beenden.[973] Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass sämtliche Aspekte des Zusammenlebens von der Liquidation der einfachen Gesellschaft erfasst sind. Der Umfang der Liquidation ist anhand der Umstände im Einzelfall zu prüfen. So betrifft die Auflösung der Gesellschaft etwa dann nicht sämtliche Aspekte des Zusammenlebens, wenn sich die Partner entscheiden, trotz der Trennung ein gemeinsames Geschäft weiterzuführen.[974]

Wie vorstehend erwähnt und bei der nachfolgenden Prüfung der Auflösungsgründe zu berücksichtigen, besteht der Zweck bei der Miete durch mehrere Mieter je nach Umständen im Wesentlichen entweder in der gemeinsamen Miete allein,[975] in der gemeinsamen Miete und dem gemeinsamen Gebrauch der Sache oder geht darüber hinaus. So kann die einfache Gesellschaft auch das Zusammenleben oder Aspekte davon erfassen oder den Betrieb eines gemeinsamen Geschäfts, zu dem Räume gemietet werden.

972 Urteil des BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017 E. 3.4.

973 Siehe dazu näher hinten, S. 187 ff.

974 Vgl. Urteil des BGer 4A_320/2010 vom 17. August 2010. Trotz der Trennung bestand die einfache Gesellschaft weiterhin mit Bezug auf die Führung einer Boulangerie-Pâtisserie, welche die Partner gemeinsam führten; vgl. auch FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, S. 14 in Fn. 52.

975 Vgl. Urteil des BGer 4A_703/2012 vom 22. April 2013 E. 3.5.

1.2. Besonderheiten bei der Auflösung von Gesellschaften zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern

Auch bei Gesellschaften zwischen Ehegatten oder eingetragenen Partnern sind die allgemeinen Auflösungsgründe nach Art. 545 OR massgebend. Betreffend die Auflösung bestehen keine Besonderheiten gegenüber anderen einfachen Gesellschaften.[976] Mithin gelten die nachfolgenden Ausführungen auch für gemeinsam mietende Ehegatten oder eingetragene Partner.

Im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft sind jedoch die besonderen Vorschriften zum Schutz der Familienwohnung zu beachten. Wie nachfolgend im Einzelnen erläutert wird, hat jeder Gesellschafter beim Eintritt eines Auflösungsgrunds das Recht, die Liquidation zu verlangen und damit auch die Mitwirkung des anderen zur Kündigung. Gemäss Art. 169 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 266m Abs. 2 OR (e contrario) kann ein Ehegatte jedoch die Zustimmung zur Kündigung einer Familienwohnung verweigern, wenn triftige Gründe vorliegen.[977] Diese Bestimmung gilt auch in Fällen, in denen beide Ehegatten Mieter sind, sofern sie einen weitergehenden Schutz bietet als die Bestimmungen des Gemeinschaftsverhältnisses.[978] Mithin hat nicht nur der Eheschutzrichter im Verfahren gestützt auf Art. 169 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 266m Abs. 2 OR, sondern auch der Liquidationsrichter im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft zum Schutz der Familienwohnung in sinngemässer Anwendung der genannten Bestimmungen zu prüfen, ob der Mitwirkung zur Kündigung «triftige Gründe» entgegenstehen. Handelt es sich demgegenüber um eine gemeinsam gemietete eheliche Wohnung, die diesen Schutz nicht geniesst (z.B. gemeinsam gemietete Ferienwohnung in den Bergen), gelten die allgemeinen Grundsätze zur Liquidation der Gesellschaft ohne Einschränkungen.

1.3. Zweckerreichung

Die Gesellschaft wird von Gesetzes wegen aufgelöst, wenn der Zweck, zu dem sie abgeschlossen wurde, erreicht worden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Dieser Auflösungsgrund ist vor allem für Gelegenheitsgesellschaften relevant, die zur kurz- oder mittelfristigen Erreichung eines bestimmten Ziels gegründet wurden. So wird etwa eine für einen Bau gegründete Arbeitsgemeinschaft aufgelöst, wenn der Bau erstellt, abgerechnet und die vertraglichen Pflichten erfüllt sind.[979] Bei der gemeinsamen Miete ist dieser Auflösungsgrund von

976 GENNA, S. 37; vgl. auch HOHL, S. 119 ff.

977 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 58.

978 Siehe dazu näher vorne, S. 140 ff.

979 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 26; VON STEIGER, S. 451.

geringer praktischer Bedeutung. Schliessen sich zwei oder mehrere Personen zu einer einfachen Gesellschaft zusammen, um gemeinsam zu mieten und die Sache zu gebrauchen, handelt es sich um eine Gesellschaft, die auf eine kontinuierliche Zweckverfolgung auf eine bestimmte oder unbestimmte Dauer ausgerichtet ist und nicht etwa den Abschluss eines bestimmten Geschäfts zum Ziel hat, nach dessen Erreichen die Gesellschaft aufgelöst wird.[980]

Dieser Auflösungsgrund ist demgegenüber im Zusammenhang mit der gemeinsamen Miete bei Gelegenheitsgesellschaften von praktischer Bedeutung, die ihren Zweck erreichen und zur Zweckverfolgung einen gemeinsamen Mietvertrag abschlossen haben. Alsdann ist im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft auch das gemeinsame Mietverhältnis aufzulösen.

1.4. Unmöglichkeit der Zweckerreichung

Die Gesellschaft wird von Gesetzes wegen aufgelöst, wenn die Erreichung des Zwecks, zu dem sie abgeschlossen wurde, unmöglich geworden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Es handelt sich um einen gesetzlichen Auflösungsgrund, der unmittelbar die Auflösung der einfachen Gesellschaft zur Folge hat.[981] In der Lehre ist umstritten, ob eine objektive oder subjektive Unmöglichkeit zur Auflösung der Gesellschaft ausreicht,[982] wobei in letzterem Fall von einem Teil der Lehre in Abgrenzung zur Auflösung aus «wichtigem Grund» i.S.v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR gefordert wird, dass die Unmöglichkeit alle Gesellschafter betrifft.[983] Das Bundesgericht hat bisher offengelassen, ob Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR eine objektive oder subjektive Unmöglichkeit voraussetzt,[984] hat eine Unmöglichkeit in subjektiver Hinsicht aber in früheren Entscheiden vereinzelt bejaht.[985]

Logisch betrachtet ist alles möglich, «was sein und geschehen kann». Unmöglich ist demgegenüber, «was nicht sein und nicht geschehen kann».[986] Eine Leistung ist nach diesem «logischen» Verständnis unmöglich, wenn sie

980 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 26; HOCH, Rn. 30; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 530 OR N 206.

981 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 6.

982 Objektive Unmöglichkeit: CHRIST, Personengesellschaftsrecht, Art. 545 OR N 9; HOCH, Rn. 37; VON STEIGER, S. 451; BECKER, BK, Art. 545 OR N 10. Subjektive Unmöglichkeit: HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 27-29; JUNG, Handkommentar, Art. 545-546 OR N 3.

983 STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 8; SETHE, Kurzkommentar, Art. 545-546 OR N 4.

984 Urteil des BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017 E. 3.3; vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 107.

985 Vgl. BGE 110 II 287 E. 2c; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 8; kritisch HOCH, Rn. 51, der dem Bundesgericht vorwirft, Fälle der Unmöglichkeit mit solchen der Unzumutbarkeit zu vermischen.

986 GAUCH, Beendigung, S. 119.

nicht geleistet werden kann (sog. Nichtleistenkönnen).[987] Die Ursache dafür besteht entweder in einem äusseren Umstand oder in der Person des Leistenden. Die Erreichung ist objektiv unmöglich, wenn niemand mehr in der Lage ist, die Leistung zu erfüllen. Eine subjektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Erfüllung zwar an sich möglich, aber der Schuldner dazu ausserstande ist.[988] Das Bundesgericht setzt an die subjektive Leistungsunmöglichkeit in der Regel strenge Anforderungen: Das betreffende Leistungshindernis muss sich für den Schuldner als geradezu unüberwindbar herausstellen.[989] Dies ist etwa bei der nachträglich weggefallenen Verfügungsmacht des Schuldners über den Leistungsgegenstand der Fall.[990] Vom Nichtleistenkönnen sind die Fälle zu unterscheiden, da die Leistung lediglich unzumutbar ist. Unzumutbarkeit liegt im Allgemeinen vor, wenn die Leistung zwar möglich, aber mit derart grossen Nachteilen verbunden ist, dass dem Verpflichteten die Erbringung nicht zugemutet werden kann.[991] Bei Dauerschuldverhältnissen wird die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung typischerweise im Zusammenhang mit der Beendigung aus «wichtigen Gründen» beurteilt oder als Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus betrachtet.[992] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist jedoch nicht einheitlich; so hat es vor allem in älteren Entscheiden[993] auch in Fällen der blossen Unzumutbarkeit eine subjektive Unmöglichkeit bejaht.[994] Namentlich bejaht das Bundesgericht dies auch im Falle der Beendigung des Konkubinats, worauf zurückzukommen ist.[995]

Da betreffend die Unmöglichkeit der Zweckerreichung unterschiedliche Lehrmeinungen bestehen und die Rechtsprechung des Bundesgerichts uneinheitlich ist, lassen sich die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR kaum scharf umreissen und mit Bezug auf die gemeinsame Miete konkretisieren. Da die gemeinsame Miete in der Regel auch den gemeinsamen

987 GAUCH, Beendigung, S. 119 m.w.Nw.; so auch AEPLI, BK, Art. 119 OR N 42.

988 BGE 135 III 212 E. 3.1.

989 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 2567; BGE 115 III 212 E. 3.1; 135 III 212 E. 3.1; Vgl. auch Urteil des BGer 4A_189/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 5.2.

990 BGE 135 III 212 E. 3.1; 84 II 6 E. 1.

991 GAUCH, Beendigung, S. 119; AEPLI, BK, Art. 119 OR N 43.

992 GAUCH, Beendigung, S. 119; AEPLI, BK, Art. 119 OR N 43.

993 Vgl. HOCH, Rn. 41, welcher darauf hinweist, dass vor allem die ältere Rechtsprechung milde war.

994 Vgl. den Hinweis in BGE 135 III 212 E. 3.1 auf BGE 82 II 332 E. 5, wo es der betroffenen Person nicht mehr zugemutet werden konnte, seinen ehemaligen Schwiegereltern auch nach der Scheidung weiterhin das Wohnrecht zu gewähren und auf diese Weise ständig Begegnungen mit seiner vormaligen Ehefrau ausgesetzt zu sein; Urteil des BGer 4A_443/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 3.2.

995 Siehe hinten, S. 187 ff.

Gebrauch einschliesst (z.B. Zusammenwohnen oder gemeinsamer Betrieb eines Geschäfts), steht die Unerreichbarkeit des Zwecks infolge zwischenmenschlicher Konflikte im Vordergrund. Dabei steht die Abgrenzung zwischen Fällen der subjektiven Unmöglichkeit und der blossen Unzumutbarkeit im Vordergrund, wobei letztere nach der vertretenen Auffassung aufgrund der in der Regel strengen Anforderungen des Bundesgerichts keine Auflösung der einfachen Gesellschaft nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR begründet. Eine solche setzt nach der hier vertretenen Auffassung nach dem ansonsten strengen Massstab des Bundesgerichts voraus, dass der Schuldner geradezu ausserstande ist, zu leisten.

Vielfach ist eine Berufung auf Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR jedoch nicht erforderlich. Entscheiden sich die Gesellschafter einvernehmlich, den gemeinsamen Gebrauch der Mietsache aufzugeben, sei es infolge Trennung, Aufgabe des gemeinsamen Geschäfts oder aus anderen Gründen, so liegt mit Bezug auf den gemeinsamen Gebrauch der Mietsache in der Regel eine Auflösung der Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft vor (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR).[996] Erfolgt die Aufgabe des gemeinsamen Gebrauchs einseitig (z.B. unvermittelter Auszug eines Mieters), so stellt diese Handlung gegebenenfalls eine konkludente (ordentliche) Kündigung der einfachen Gesellschaft dar.[997]

a Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft infolge Trennung

Nach der einhelligen Lehre, die sich auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2009 stützt,[998] führt die **Beendigung eines Konkubinats infolge Trennung** ohne Weiteres zur Unerreichbarkeit der zum Zwecke des Zusammenlebens gegründeten Gesellschaft.[999] Besteht eine gemeinsame Miete, so

---

996 Vgl. auch SCHMID JÖRG, S. 36.

997 Siehe hinten, S. 192 f.

998 Urteil des BGer 4A_443/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 3.2. Das Gericht befasste sich das Bundesgericht mit einem Konkubinatspaar, welches von 1984 bis Ende Juni 2000 zusammenlebte. Im Sommer 2000 trennten sich die Parteien. Aus dieser Trennung – und mithin der Aufgabe des gemeinsamen Gebrauchs der Wohnung – schloss das Gericht ohne nähere Begründung, dass mit der Beendigung des Konkubinats der Auflösungsgrund nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR eingetreten ist, also die Zweckerreichung unmöglich geworden ist.

999 SCHMID JÖRG, S. 36; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 31 und 109; KAISER, Rz 14; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 8; CHAIX, Commentaire Rommand, Art. 545-547 OR N 6; SETHE, Kurzkommentar, Art. 545-546 OR N 4; MÜLLER KARIN, OFK, Art. 545 OR N 1, welche die Trennung als «objektives Ereignis» darstellt; vgl. aus der Rechtsprechung auch das Urteil des Gerichtspräsidiums Aarau vom 16. Mai 2011 E. 2.1, wonach mit der Auflösung der Wohngemeinschaft und dem definitiven Entscheid, auf eine kollektive Lebensführung zu verzichten, die Erreichung des Zwecks (gemeinsame Miete sowie Führung einer Lebensgemeinschaft), unmöglich geworden ist; vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP150019 vom 24. November 2015 E. 4.3.

ist die Beendigung des Konkubinats durch Trennung in der Regel gleichbedeutend mit dem Ende des Gesellschaftsverhältnisses in Bezug auf den Mietvertrag. Mieten zwei Konkubinatspartner eine Wohnung zum gemeinsamen Gebrauch, so lässt sich – nach dem Auszug eines Partners infolge der Trennung – der Zweck des Zusammenwohnens nicht mehr erreichen. Der Entscheid kann im Lichte von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR nur so verstanden werden, dass die Trennung eines Konkubinatspaars einen Auflösungsgrund infolge subjektiver Unmöglichkeit darstellt, da die Trennung in der Regel mit einer Zerstörung des Vertrauensverhältnisses einhergeht, was ein weiteres Zusammenleben unter einem Dach für beide Personen aus psychischen Gründen unzumutbar macht.[1000]

Der Entscheid des Bundesgerichts ist zwar pragmatisch, überzeugt aber weder in der Sache noch in methodischer Hinsicht. Zunächst sind die «Beendigung des Konkubinats» oder die «Trennung» keine gesetzlichen Auflösungsgründe. Zudem hat sich das Bundesgericht nicht mit der Frage auseinandergesetzt, inwiefern eine Trennung eine (subjektive) Unmöglichkeit der Zweckerreichung begründet. Zudem fehlen Ausführungen zur Abgrenzung zu Fällen der Unzumutbarkeit, die allenfalls zur Auflösung der Gesellschaft aus «wichtigem Grund» gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR berechtigten.[1001] Entscheiden sich die Konkubinatspartner dazu, sich zu trennen, liegt nach der hier vertretenen Auffassung eine einvernehmliche Auflösung der Gesellschaft vor (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR).[1002] Auch hierzu äussert sich das Bundesgericht nicht.

Reicht die blosse Unzumutbarkeit des Zusammenlebens infolge Trennung gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Auflösung nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR aus, so ist dieser Auflösungsgrund nicht nur bei nichtehelichen, sondern insbesondere auch ehelichen Lebensgemeinschaften oder Gemeinschaften von eingetragenen Partnern zu beachten, zumal das Gesellschaftsrecht diesbezüglich keinen Unterschied macht. Bei der Trennung von Ehegatten oder eingetragenen Partnern ist jedoch das Eherecht zu berücksichtigen, namentlich die Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung. Selbst wenn der Auflösungsgrund von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR infolge Trennung bejaht würde, kann ein Ehegatte jedoch die Zustimmung zur Kündigung bei Vorliegen

1000 Ähnlich BGE 82 II 332 E. 5, wo es der betroffenen Person nicht mehr zugemutet werden konnte, seinen ehemaligen Schwiegereltern auch nach der Scheidung weiterhin das Wohnrecht zu gewähren und auf diese Weise ständig Begegnungen mit seiner vormaligen Ehefrau ausgesetzt zu sein. Vgl. dazu aus der deutschen Rechtsprechung: Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf 22 U 43/97 vom 24. Oktober 1997, in: NJW-RR 1998, S. 658.

1001 Ähnlich auch HOHL, S. 130 f., im Falle der Scheidung.

1002 Siehe hinten, S. 191.

einer Familienwohnung verweigern, wenn triftige Gründe bestehen.[1003] Liegen solche vor, so ist das Begehren um Mitwirkung zur Kündigung nach der hier vertretenen Auffassung abzuweisen. Im Übrigen kann das Mietverhältnis auf Antrag im Rahmen der Scheidung auf einen Ehegatten allein übertragen werden (vgl. Art. 121 Abs. 1 ZGB).[1004] Besteht ein gemeinsamer Mietvertrag betreffend die Familienwohnung und will nach der Scheidung kein Ehegatte im Mietobjekt verbleiben, so haben sie den Mietvertrag gemeinsam zu kündigen.[1005]

Handelt es sich beim Mietobjekt nicht um eine Familienwohnung, sondern um eine sonstige eheliche Wohnung (z.B. Ferienwohnung) oder einen gemeinsam gemieteten Geschäftsraum, ist nicht ersichtlich, weshalb verheiratete Paare oder eingetragene Partner im Fall der Trennung anders zu behandeln wären als nichteheliche Lebensgemeinschaften. Auch in diesen Fällen kann der durch die Trennung manifestierte Verlust des Vertrauensverhältnisses dazu führen, dass der gemeinsame Gebrauch der Mietsache nicht mehr zuzumuten ist. Mieten Ehegatten beispielsweise gemeinsam eine Ferienwohnung in den Bergen, so haben die Ehegatten infolge Trennung als Gesellschafter im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft Anspruch auf die Mitwirkung des anderen zur Kündigung dieser Wohnung. Wie bereits vorstehend erwähnt, muss im Trennungsfall auch diesfalls nicht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR zurückgegriffen, sondern kann in der Regel – da der gemeinsame Gebrauch der ehelichen Wohnung übereinstimmend aufgegeben wird – eine einvernehmliche Auflösung der einfachen Gesellschaft bejaht werden.

b Weitere Fälle

Im Zusammenhang mit der Auflösung von Gesellschaften zur gemeinsamen Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen besteht – soweit ersichtlich und mit Ausnahme des erwähnten Entscheids – keine bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

Das Bundesgericht bejahte jedoch in einem älteren Urteil beispielsweise eine subjektive Unmöglichkeit, wenn die Gesellschafter aufgrund ihrer Meinungsverschiedenheiten endgültig keinen gültigen Gesellschaftsbeschluss

---

1003 Siehe vorne, S. 184.

1004 Zur Anwendung auf die gemeinsame Miete: vgl. RONCORONI, S. 95 f. m.w.H.; WEBER ROGER, AJP 2004, S. 33, der jedoch anschliessend vertritt, dass die Übertragung bei der gemeinsamen Miete analog den Regeln über die Mit- bzw. Gesamteigentumszuweisung erfolgen solle, und nicht nach Art. 121 ZGB.

1005 BÜCHLER, FamKomm Scheidung, Art. 121 ZGB N 8.

mehr zustande bringen.[1006] Nach der jüngeren Rechtsprechung begründen schwere und dauerhafte Unstimmigkeiten zwischen den Gesellschaftern, die zu einer Blockade führen, zwar einen wichtigen Grund zur Auflösung i.S.v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR, stellen jedoch keinen Unmöglichkeitsfall dar.[1007] Nicht ausreichend, um den Tatbestand von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR zu erfüllen, sind demgegenüber die bloss feindselige Einstellung der Gesellschafter untereinander oder sonstige Schwierigkeiten, die in der Person eines Gesellschafters liegen.[1008] Auch die bloss fehlende Bereitschaft eines Gesellschafters zur Mitwirkung an der Verfolgung des Gesellschaftszwecks begründet noch keine subjektive Unmöglichkeit.[1009]

Nach HANDSCHIN und VONZUN können weiter objektive, in einer Person liegende Umstände zur Unerreichbarkeit des Zwecks führen, etwa wenn die für die Weiterführung der Gesellschaft zwingend erforderliche Mitarbeit des anderen wegen einer schweren Krankheit oder einer Inhaftierung unmöglich geworden ist.[1010] Diese Fälle lassen sich auch auf die gemeinsame Miete anwenden. So kann der mit der gemeinsamen Miete in der Regel angestrebte gemeinsame Gebrauch der Mietsache unerreichbar werden, wenn ein Gesellschafter infolge Krankheit oder aus anderen Gründen ausserstande ist, das Mietobjekt zu gebrauchen.

2. Gegenseitige Übereinkunft

Gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR wird eine einfache Gesellschaft weiter durch gegenseitige Übereinkunft aufgelöst. Die einvernehmliche Auflösung kann jederzeit erfolgen und ist auch konkludent möglich.[1011] Es handelt sich um

---

1006 BGE 110 II 287 E. 2c; Urteil des BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017 E. 3.3 (zusammengefasst in: ius.focus 2017 Nr. 63); zurückhaltend STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 8; ähnlich auch CHAIX, Commentaire Rommand, Art. 545-547 OR N 6; a.M. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 29; HOCH, Rn. 50, für welchen dieser Fall allenfalls einen «wichtigen Grund» zur Auflösung darstellen kann, nicht aber eine Unmöglichkeit bedeutet.

1007 Vgl. Urteil des BGer 4A_624/2011 vom 27. Januar 2012 E. 2.2 zur Auflösung der Kollektivgesellschaft nach Art. 577 OR: „[D]eux associés, qui détiennent chacun 50% de la société, sont en dissension grave et durable, il en résulte une situation de blocage de la société, qui constitue un juste motif de dissolution.»

1008 Urteil des BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017 E. 3.3 (zusammengefasst in: ius.focus 2017 Nr. 63), mit Hinweis auf BECKER, BK, Art. 545 OR N 10; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 8; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 29.

1009 JUNG, Handkommentar, Art. 545-546 OR N 3; SETHE, Kurzkommentar, Art. 545-546 OR N 4.

1010 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 29.

1011 HOCH, Rn. 194; THOUVENIN, N 567; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 111; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545/546 OR N 18; JUNG, Handkommentar, Art. 545/546 OR N 8; SETHE, Kurzkommentar, Art. 545/546 OR N 11; VON STEIGER, S. 455; CHRIST, Personengesellschaftsrecht, Art. 545 OR N 24.

einen Aufhebungsvertrag, für den – vorbehältlich einer abweichenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag – Einstimmigkeit erforderlich ist.[1012]

Eine konkludente Einigung liegt nach der hier vertretenen Auffassung etwa vor, wenn sich eine nichteheliche Lebensgemeinschaft einvernehmlich zur (räumlichen) Trennung und damit einhergehend zur Aufgabe des gemeinsamen Gebrauchs der Mietsache entscheidet. Es ist im Einzelfall anhand der Auslegung der abgegebenen Willenserklärungen und des durch die Gesellschaft verfolgten Zwecks zu entscheiden, in welchem Umfang die einfache Gesellschaft aufgelöst wird. So kann es durchaus vorkommen, dass sich ein Paar trennt, aber den gemeinsamen Gebrauch der Mietsache vorerst nicht aufgibt oder die Trennung zwar auch räumlich vollzieht – und somit die einfache Gesellschaft hinsichtlich der gemeinsamen Miete auflöst –, aber die gemeinsame Zweckverfolgung in gewisser Hinsicht fortgesetzt wird.[1013] Eine Auflösung durch Übereinkunft liegt auch vor, wenn die Mieter den Mietvertrag gemeinsam kündigen und damit gleichsam die Auflösung des Innenverhältnisses auf den Kündigungstermin hin beschliessen und eine Liquidationshandlung vornehmen.[1014]

3. Tod eines Gesellschafters

Eine einfache Gesellschaft wird weiter unmittelbar durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, wenn ein Gesellschafter stirbt und für diesen Fall nicht schon vorher vereinbart worden ist, dass die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Dem Tod gleichgestellt wird die Verschollenerklärung bei natürlichen Personen und die Auflösung bei juristischen Personen.[1015] Die Auflösung der Gesellschaft kann jedoch rückgängig gemacht werden, solange die Liquidation noch nicht abgeschlossen ist. So kann die Erbengemeinschaft des verstorbenen Mieters mit dem verbleibenden Mieter übereinkommen, dass die Gesellschaft mit ihr zusammen fortbestehen soll.[1016] Stirbt der Mieter und fehlt es an einer Fortsetzungsklausel, so können seine Erben gemäss Art. 266i OR mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten

1012 THOUVENIN, N 567; ebenfalls HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545-547 OR N 110; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545/546 N 18; JUNG, Handkommentar, Art. 545/546 OR N 8; SETHE, Kurzkommentar, Art. 545/546 N 11; VON STEIGER, S. 455.

1013 Vgl. dazu das Beispiel vorne, S. 183.

1014 So wohl auch zu verstehen DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 192.

1015 HOCH, Rn. 77; THOUVENIN, N 564; HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545-547 OR N 35; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545/546 OR N 9; JUNG, Handkommentar, Art. 545/546 OR N 4; SETHE, Kurzkommentar, Art. 545/546 OR N 6; a.M. VON STEIGER, S. 454 f. und BECKER, BK, Art. 545 OR N 11, welche bei den juristischen Personen auf den Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation abstellen.

1016 STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 11 m.w.H.

gesetzlichen Termin kündigen. Wie erörtert, ist diese Bestimmung nach der herrschenden Lehre bei Ableben eines Mitmieters analog anwendbar.[1017]

4. Zeitablauf

Die einfache Gesellschaft wird auch aufgelöst, wenn die Zeit abläuft, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 5 OR). Hauptanwendungsfall bei der gemeinsamen Miete bildet die Beendigung eines befristeten Mietverhältnisses, die mit der Beendigung der für diesen Zweck gegründeten Gesellschaft einhergeht.[1018]

5. Ordentliche Kündigung

Die einfache Gesellschaft wird durch Kündigung eines Gesellschafters aufgelöst, wenn eine solche im Gesellschaftsvertrag vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR). Vorbehältlich abweichender Vereinbarungen beträgt die Kündigungsfrist sechs Monate (Art. 546 Abs. 1 OR). Es können im Gesellschaftsvertrag mithin kürzere oder längere Fristen vorgesehen werden.[1019] Die Kündigung kann grundsätzlich auf jeden Termin erklärt werden.[1020] Die Kündigung soll jedoch in guten Treuen und nicht zur Unzeit geschehen und darf, wenn jährliche Rechnungsabschlüsse vorgesehen sind, nur auf das Ende eines Geschäftsjahres erfolgen (Art. 546 Abs. 2 OR). Sie ist formlos gültig[1021] und muss nicht begründet werden.[1022] Sie hat an alle Gesellschafter zu erfolgen und wird mit dem Zugang wirksam.[1023]

Liegt keine einvernehmliche Trennung oder – gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung – eine subjektive Unmöglichkeit vor, ist zu prüfen, ob der (nicht einvernehmliche) Auszug eines Mitmieters im Einzelfall als (ordentliche) konkludente Kündigungserklärung bezüglich der zur gemein-

1017 Siehe dazu vorne, S. 177 f.

1018 Vgl. DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 192.

1019 Vgl. zur dispositiven Natur der Bestimmung: BGE 106 II 226 E. 2a; vgl. weiter etwa HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 135; JUNG, Handkommentar, Art. 545/546 OR N 10; THOUVENIN, Rn. 568.

1020 THOUVENIN, Rn. 568; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 134; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545/546 OR N 22; JUNG, Handkommentar, Art. 545/546 OR N 10; HOCH, Rn. 209.

1021 BGE 116 II 49 E. 4b; THOUVENIN, Rn. 568; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545/546 OR N 25; JUNG, Handkommentar, Art. 545/546 OR N 10; HOCH, Rn. 209.

1022 Urteil des BGer 4C.278/2005 vom 8. Mai 2006 E. 4.1; Thouvenin, Rn. 568; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 136; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545/546 OR N 21; HOCH, Rn. 209.

1023 BGE 52 III 4, S. 6; THOUVENIN, Rn. 568; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545/546 OR N 25; JUNG, Handkommentar, Art. 545/546 OR N 10; CHAIX, Commentaire Romand, Art. 545-547 OR N 21; HOCH, Rn. 205; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 122, welche sich jedoch nicht zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens äussern.

samen Miete und Gebrauch gegründeten Gesellschaft aufzufassen ist. Massgebend für die Auslegung dieser möglichen Kündigungserklärung sind die Umstände des Einzelfalls.[1024] Verlässt ein Mitmieter namentlich infolge Trennung die Wohnung nicht nur vorübergehend, sondern endgültig oder für unbestimmte Zeit aus freiem Entschluss,[1025] so kann dieses (aktive) Verhalten als konkludente Kündigungserklärung des ausziehenden Gesellschafters verstanden werden, sofern die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer geschlossen worden ist (vgl. Art. 546 Abs. 1 OR).[1026]

Eine Kündigung zur Unzeit liegt namentlich vor, wenn sie unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist auf einen Termin erfolgt, der für die Liquidation der Gesellschaft besonders ungünstig ist (z.B. vor der Markteinführung eines gemeinsam entwickelten Produkts).[1027] Nach DIETSCHY-MARTENET bedeutet dies für die gemeinsame Miete, dass eine Kündigung der einfachen Gesellschaft nur auf einen Kündigungstermin des betreffenden Vertrags möglich ist, damit die Parteien ihn auf diesen Termin hin kündigen können.[1028] Diese Auffassung ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen,[1029] sofern die Kündigung nicht aus anderen Gründen besonders ungünstig ist. Die gemeinsame Kündigung des Mietvertrags ist die Folge der Auflösung, die nach Ablauf der sechsmonatigen Frist eintritt, und hat separat zu erfolgen. Erst nach Auflösung der einfachen Gesellschaft ist der andere Mieter zur Mitwirkung bei der Kündigung verpflichtet und hat diese auf den nächstmöglichen Termin hin auszusprechen bzw. seine Zustimmung dazu zu erteilen. Für eine Gleichschaltung des Kündigungstermins der einfachen Gesellschaft mit jener im Mietvertrag gibt es mithin keinen sachlichen Grund.

6. Auflösung aus wichtigem Grund (Auflösungsklage)

Schliesslich wird die Gesellschaft durch Urteil des Richters im Fall der Auflösung aus einem wichtigen Grund aufgelöst (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7). Wichtige

1024 Vgl. zur Auslegung von konkludenten Erklärungen: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR N 385 m.w.H.; vgl. auch Urteil des BGer 4C.180/2001 vom 21. Dezember 2001 E. 3.

1025 Vgl. sinngemäss die Situationen, in welchen die Familienwohnung den Schutz nach Art. 169 ZGB verliert, da ein Ehegatte diese verlässt: BGE 136 III 257 E. 2.1 (übersetzt in Pra 2011 Nr. 6, S. 43 ff.); 114 II 396 E. 5b.

1026 Vgl. dazu die deutsche Rechtsprechung das Urteil des Landgerichts Köln 11 S 233/92 vom 16. März 1993, in: NJW-RR 1993, S. 712 f.: «Verlässt ein Partner einer Wohngemeinschaft die gemeinsam angemietete Wohnung, dann liegt darin konkludent die Kündigung der zur Wohnungsanmietung gebildeten Gesellschaft, und der andere Partner ist verpflichtet, mit dem Ausgeschiedenen zu kündigen.»

1027 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 N 127; SIEGWART, ZK, Art. 545 OR N 22.

1028 DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 193.

1029 Ähnlich auch LACHAT, Bail à loyer, S. 106 in Fn. 115.

Gründe liegen vor, «wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher oder sachlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht mehr vorhanden sind, sodass die Erreichung des Gesellschaftszwecks in der bei der Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich ist bzw. wesentlich erschwert oder gefährdet wird und aus diesem Grund dem Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann.»[1030] Zu unterscheiden ist mithin zwischen einer objektiven Komponente (Erschwerung der Realisierung des Zwecks) und einer subjektiven (Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Klägers).[1031] In der Lehre wird jedoch die Auffassung vertreten, dass bereits die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses (subjektive Komponente) zur Auflösung aus wichtigem Grund reicht.[1032] Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, ist nach den Umständen zu entscheiden, wobei der klagende Gesellschafter die Beweislast trägt (vgl. Art. 8 ZGB).[1033] Ein wichtiger Grund liegt etwa vor, wenn schwere und dauerhafte Unstimmigkeiten zwischen den Gesellschaftern zu einer Blockade führen.[1034] Weiter können auch Verletzungen des Gesellschaftsvertrags, namentlich der Treuepflicht, einen Auflösungsgrund darstellen.[1035] Im Allgemeinen kann gesagt werden, dass ein allgemeines Zerwürfnis zur Auflösung ausreicht, sofern dadurch eine gemeinsame Zusammenarbeit nicht mehr zu erwarten ist.[1036] Besitzen Ehegatten eine Familienwohnung zu Gesamteigentum, so wird die Scheidung regelmässig als wichtiger Grund i.S.v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR angeführt.[1037]

Kommt das Gericht zum Schluss, dass ein wichtiger Grund vorliegt, so wird die einfache Gesellschaft mittels Gestaltungsurteil ex nunc aufgelöst.[1038] Anders als etwa bei der Auflösung infolge Unmöglichkeit der Zweckerreichung

1030 Urteil des BGer 4C.249/2006 vom 13. November 2006 E. 3.1; Staehelin, BSK-OR, Art. 545/546 OR N 30.

1031 HOCH, Rn. 291; GENNA, S. 38.

1032 HOCH, Rn. 291; GENNA, S. 38 m.w.H.

1033 GENNA, S. 39.

1034 Vgl. Urteil des BGer 4A_624/2011 vom 27. Januar 2012 E. 2.2 zur Auflösung der Kollektivgesellschaft nach Art. 577 OR: «deux associés, qui détiennent chacun 50% de la société, sont en dissension grave et durable, il en résulte une situation de blocage de la société, qui constitue un juste motif de dissolution.»

1035 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 154 m.w.H.; vgl. auch GENNA, S. 39.

1036 HOCH, Rn. 288; GENNA, S. 39; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 159 m.w.H.

1037 Vgl. Urteil des BGer 7B.184/2006 vom 6. Februar 2007 E. 3.3; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 159; abwägend HOHL, S. 132; HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 9 m.w.H.; GENNA, S. 38 ff. Für weitere positive wie negative Beispiele wichtiger Gründe wird HANDSCHIN/VONZUN verwiesen: HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 159 f.

1038 Urteil des BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017 E. 3.3.1 m.w.H.

oder infolge ordentlicher Kündigung tritt die Auflösungswirkung erst mit Eintritt der Rechtskraft ein.[1039] Aufgrund der mutmasslichen Verfahrensdauer erscheint das Vorgehen mittels ordentlicher oder – gegebenenfalls – ausserordentlicher Kündigung bei der gemeinsamen Miete als effizienter und zielführender.

7. Ausserordentliche Kündigung nach Art. 27 ZGB

Verschiedene Autoren wollen dem einzelnen Gesellschafter gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB (Verbot der übermässigen Bindung) ein Recht zur fristlosen Kündigung gewähren, die mithin zur sofortigen Auflösung der Gesellschaft führt. Der Grund für die fristlose Kündigung muss gravierender und dringender sein als der zur Auflösung berechtigende «wichtige» Grund nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR. Es muss dem betreffenden Gesellschafter unzumutbar sein, ein Gestaltungsurteil i.S.v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR oder die ordentliche Kündigungsfrist abzuwarten.[1040]

IV. Liquidation der einfachen Gesellschaft

1. Allgemeines

Ist ein Auflösungsgrund eingetreten, tritt die Gesellschaft in die Liquidationsphase.[1041] Die Liquidation umfasst die Abwicklung der Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und Dritten (äussere Liquidation) sowie zwischen den Gesellschaftern untereinander (innere Liquidation).[1042] Im Zuge der Liquidation sind mithin im Wesentlichen die Rechtsverhältnisse mit Dritten aufzulösen und die Aktiven und Passiven im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern zu verteilen.[1043]

Ist die einfache Gesellschaft aufgelöst, hat grundsätzlich jeder Gesellschafter das Recht, die Durchführung der Liquidation zu verlangen oder diese gerichtlich zu erwirken und auf die Vornahme von Liquidationshandlungen

1039 Vgl. Urteil des BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017 E. 3.3.1; THOUVENIN, Rn. 570; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 175; STAEHELIN, BSK OR, Art. 545/546 OR N 34; CHAIX, Commentaire Romand, Art. 545-547 OR N 29.

1040 Vgl. Urteil des BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017 E. 3.3.3 (zusammengefasst in: ius.focus 2017 Nr. 63); STAEHELIN, BSK OR, Art. 545-546 OR N 29; CHRIST, Personengesellschaftsrecht, Art. 545 OR N 28 und 32; SETHE, Kurzkommentar, Art. 545-546 OR N 18; JUNG, Handkommentar, Art. 545-546 OR N 11; HOCH, N 268-270; in diesem Sinne auch BGE 48 II 439 E. 3; a.M. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 545-547 OR N 137-139.

1041 Urteil des BGer 4A_443/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 3.3.

1042 BGE 119 II 119 E. 3a; Urteil des BGer 4A_398/2010 vom 14. Dezember 2010 E. 5.2.4.5.

1043 STAEHELIN, BSK OR, Art. 548/549 OR N 1.

zu klagen.[1044] Beim Recht, die Liquidation zu verlangen, handelt es sich um ein unverjährbares Gestaltungsrecht.[1045]

Es gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit: Die Liquidation umfasst sämtliche liquidationsbedürftigen Verhältnisse und kann sich nicht auf die Abwicklung einzelner Rechtsverhältnisse beschränken. Sie muss vollständig durchgeführt werden und ist erst beendet, wenn in jeder Beziehung eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht stattgefunden hat.[1046] Die Auseinandersetzung ist grundsätzlich von allen Gesellschaftern gemeinsam vorzunehmen mit Einschluss derjenigen, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen waren (vgl. Art. 550 Abs. 1 OR).

2. Beendigung von gemeinsamen Mietverträgen

Dauerschuldverhältnisse der Gesellschaft mit Dritten sind auf den nächstmöglichen Zeitpunkt zu beenden.[1047]

2.1. Unbefristete Mietverträge

a Anspruch auf Mitwirkung zur Beendigung

Als Folge der Auflösung der einfachen Gesellschaft kann somit jeder Gesellschafter als Liquidationshandlung vom anderen verlangen, dass der von der Gesellschaft mit einem Dritten geschlossene unbefristete Mietvertrag auf den nächstmöglichen vertraglichen oder gesetzlichen Termin gekündigt wird. Mit anderen Worten hat jeder Mitmieter aufgrund der Auflösung der einfachen Gesellschaft an der Beendigung des Mietvertrags mitzuwirken und eine Kündigungserklärung abzugeben.[1048]

Die Durchführung der Liquidation – und damit die Abgabe der Erklärung zur Kündigung eines unbefristeten Mietvertrags – kann verlangt werden, sobald ein Auflösungsgrund eingetreten ist (Fälligkeit).[1049] Auf welchen Zeit-

---

1044 Urteil des BGer 4A_443/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 3.3.

1045 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 11; SIEGWART, ZK, Art. 548 OR N 5; Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 22. Dezember 2011 E. 1/c/bb, in: RBOG 2012, S. 121 ff.

1046 Urteile des BGer 4A_443/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 3.3; 4A_509/2010 vom 11. März 2011 E. 6.2; BGE 116 II 316 E. 2d; 93 II 387 E. 4.

1047 THOUVENIN, Rn. 580; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 105, N 107; CHAIX, Commentaire Romand, Art. 548-550 OR N 9; SETHE, Kurzkommentar, Art. 547-551 OR N 16; STEININGER, Personengesellschaftsrecht, Art. 548-549 OR N 11; HOCH, Rn. 523 ff.

1048 SCHMID JÖRG, S. 36; SCHMID HANS, S. 353 f. Unklar in dieser Hinsicht WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 198; a.M. KAISER, Rz 21, der die Auffassung vertritt, dass die Kündigung des Mietvertrags im Rahmen der äusseren Liquidation von jedem Gesellschafter allein für die Gesellschaft ausgesprochen werden kann.

1049 Vgl. BGE 119 II 119 E. 3c; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 49.

punkt das Mietverhältnis beendet werden kann, hängt davon ab, wann die Liquidationshandlung von einem Gesellschafter verlangt wird. So kann es durchaus vorkommen, dass die Gesellschafter trotz Eintreten des Auflösungsgrundes untätig bleiben und die äussere Liquidation einstweilen nicht vornehmen.

b Sonderfall: Familienwohnung bei Ehegatten und eingetragenen Partnern

Betrifft der von der Liquidation betroffene Mietvertrag eine Familienwohnung, so wird das Gesellschaftsrecht – wie vorstehend erwähnt[1050] – vom Eherecht bzw. vom PartG überlagert. Namentlich sind die Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung – mit Ausnahme von Art. 273a OR – auch zu beachten, wenn beide Gatten oder Partner Mieter sind. Dies bedeutet etwa, dass ein Gatte oder Partner die Zustimmung zur Kündigung der Familienwohnung und aufgrund des erweiterten Schutzes auch die Mitwirkung zur Kündigung infolge Auflösung der einfachen Gesellschaft aus triftigen Gründen verweigern darf (vgl. Art. 169 Abs. 2 ZGB; Art. 266m Abs. 2 OR). Diesfalls wird in der Lehre vertreten und erscheint auch bei Vorliegen einer einfachen Gesellschaft zwischen den Gatten oder Partnern als sachgerecht, dass derjenige, der das Mietverhältnis auflösen möchte – wie bei der einfachen Miete – den Eheschutzrichter anrufen kann (vgl. Art. 172 ZGB), wenn er die Zustimmung des anderen nicht einholen kann oder ihm die Mitwirkung zur Kündigung ohne triftigen Grund verweigert wird.[1051]

2.2. Befristete Mietverträge

Befristete Mietverträge lassen sich nicht ordentlich kündigen, sondern werden durch Zeitablauf beendet. Diesfalls beschränkt sich die Liquidationshandlung der Gesellschafter darin, auf die einvernehmliche, vorzeitige Auflösung hinzuwirken.[1052] Die Auflösung der einfachen Gesellschaft im Innenverhältnis stellt nur dann einen wichtigen Grund i.S.v. Art. 266g OR dar, wenn dadurch die Aufrechterhaltung des Mietvertrags unzumutbar wird.[1053] Gemäss HANDSCHIN und VONZUN liegt etwa ein wichtiger Grund vor, wenn die einfache Gesellschaft aufgrund von Unrentabilität aufgelöst wird.[1054]

1050 Siehe vorne, S. 104 f.

1051 LACHAT, Bail à loyer, S. 105; so wohl auch GIAVARINI, MRA 2011, S. 55; MICHELI, S. 18; vgl. auch GUICHARD, S. 51 f., der die Anrufung des Gerichts insbesondere bejaht, weil er das Konstrukt der einfachen Gesellschaft ablehnt und damit die sachliche Zuständigkeit dem Eheschutzrichter vorbehält.

1052 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 109; STEININGER, Personengesellschaftsrecht, Art. 548-549 OR N 11.

1053 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 112; vgl. dazu vorne, S. 173 ff.

1054 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 112.

3. Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsübernahme

Will ein Mieter durch Übernahme des Mietvertrags im Mietobjekt verbleiben und liegt die Zustimmung des Vermieters zur Vertragsübernahme vor, kann der verbleibende Mieter nach der hier vertretenen Auffassung im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft auch die Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Vertragsübernahme durch den anderen Mieter bzw. Gesellschafter verlangen. Denn auch mittels Vertragsübernahme wird die gemeinsame Rechtsposition – wie bei einer vollständigen Beendigung des Mietverhältnisses – aufgegeben und die einfache Gesellschaft liquidiert.[1055]

4. Sonderfragen

4.1. Auswirkungen der Auflösung und Liquidation auf die Beitragspflicht der Mietenden

Gibt ein Gesellschafter im Zusammenhang mit der Auflösung der einfachen Gesellschaft auch den Gebrauch der Mietsache auf, stellt sich die Frage, inwiefern er weiterhin verpflichtet ist, seine Beiträge im Innenverhältnis zu leisten. Trennt sich etwa ein Konkubinatspaar und gibt ein Partner den Mitgebrauch der Sache auf, so hat er kein Interesse mehr am Mietobjekt und an der Bezahlung von Mietzinsen und Nebenkosten. Der in der Wohnung verbleibende Mieter ist demgegenüber allenfalls daran interessiert, dass der ausziehende Mieter seine Beiträge auch nach Auflösung der einfachen Gesellschaft weiterbezahlt.

Grundsätzlich bleibt die Beitragspflicht der Gesellschafter gemäss Art. 531 OR durch die Liquidation unverändert bestehen.[1056] Den Parteien steht es aber offen, die Beiträge der Gesellschafter einvernehmlich den veränderten Umständen anzupassen.[1057] Dies ist etwa der Fall, wenn sich der ausziehende Mieter mit dem verbleibenden Mieter einigt, dass letzterer die Mietkosten ab einem bestimmten Zeitpunkt alleine leistet. Der ausziehende Mieter bleibt diesfalls zwar im Aussenverhältnis weiter haftbar, ist im Innenverhältnis jedoch freigestellt.[1058]

Weigert sich der verbleibende Mieter, einer Anpassung der Beiträge zuzustimmen, stellt sich die Frage, ob der den Gebrauch aufgebende Mieter bis zur

1055 So zu verstehen wohl HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 111, welche betreffend die Vertragsverhältnisse im Allgemeinen ausführen, dass die Gegenpartei nicht auf eine vorzeitige Beendigung des Verhältnisses bestehen kann, wenn ein Gesellschafter zur Vertragsübernahme bereit und die Erfüllung des Vertrages zu denselben Bedingungen sichergestellt ist.

1056 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 25.

1057 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 531 OR N 104.

1058 Zur Freistellung im Innenverhältnis: siehe vorne, S. 118 f.

Liquidation der Gesellschaft im Innenverhältnis verpflichtet bleibt, seine Beiträge zu leisten. Dies ist von praktischer Bedeutung, zumal der ausziehende Mieter die Liquidation bei einer Verweigerungshaltung des verbleibenden Mieters gerichtlich durchsetzen muss und ein Verfahren sich über längere Zeit strecken kann.

Für die Lösung dieser Frage ist zunächst zu berücksichtigen, dass den Gesellschaftern bei Auflösung der einfachen Gesellschaft im Rahmen der Liquidation ein Recht auf Mitwirkung des anderen zur Kündigung zusteht. Bei der Durchsetzung der gemeinsamen Kündigung handelt es sich um ein typisches Risiko, das die Gesellschafter mit der Begründung einer einfachen Gesellschaft für diesen Zweck eingehen. Unterlässt es der andere, bei der Kündigung mitzuwirken, ist im Lichte des Rechtsmissbrauchsverbots zu prüfen (Art. 2 Abs. 2 ZGB), ob der die Liquidation verlangende Gesellschafter, welcher den Gebrauch der Sache aufgegeben hat, nach dem Eintritt des hypothetischen Kündigungstermins noch weiter verpflichtet ist, dem anderen den Beitrag, d.h. namentlich den Anteil an den Mietkosten, gemäss der Vereinbarung im Innenverhältnis zu leisten. Sofern dem verbleibenden Mieter die Abgabe der Kündigungserklärung zumutbar ist, ist es nach der hier vertretenen Auffassung treuwidrig, wenn er das Mietobjekt weiter alleine gebraucht und dennoch vom anderen die ursprünglichen Beiträge einfordert.[1059] Wirkt der verbleibende Mieter trotz ausdrücklicher Aufforderung nach Auflösung der Gesellschaft diesfalls nicht bei der Kündigung mit, ist der ausgezogene Mieter nach dem hypothetischen Eintritt des nächstmöglichen Kündigungstermins nach der hier vertretenen Auffassung nicht mehr verpflichtet, die vormals vereinbarten Mietkosten im Innenverhältnis zu tragen.[1060]

Im Aussenverhältnis ändert sich demgegenüber nichts an der weiterhin gegebenenfalls bestehenden Solidarität der Mitmieter gegenüber dem Vermieter. Wird jedoch für den Zeitraum nach dem hypothetischen Eintritt des nächstmöglichen Kündigungstermins der weggezogene Mitmieter belangt, so steht ihm im Innenverhältnis ein Regressrecht zu.

1059 Vgl. sinngemäss zur treuwidrigen Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Innenverhältnis BGE 53 II 25 E. 2.

1060 Vgl. die deutsche Rechtsprechung: Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf 22 U 43/97 vom 24. Oktober 1997, in: NZM 1998, S. 72 ff.; Urteil des Amtsgerichts Bad Homburg 2 C 2499/91 vom 24. März 1992, in: NJW-RR 1992, S. 1035 ff.: «Schließen die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gemeinsam einen Mietvertrag, dann hat der Partner, der die Lebensgemeinschaft und die Wohnung verlässt, gegen den Verbleibenden einen Anspruch auf gemeinsame Kündigung des Mietverhältnisses; bei einer verspäteten Kündigung ist er nicht verpflichtet, dem verbleibenden Partner den hälftigen Mietzins nach dessen Inanspruchnahme durch den Vermieter zu ersetzen.»

Verbleiben beide Mieter im Mietobjekt – gibt der die Kündigung fordernde Mitmieter sein Gebrauchsrecht mithin nicht auf –, so bleibt er auch im Innenverhältnis verpflichtet, seinen Beitrag zu leisten.

4.2. Missbräuchliches Begehren um Liquidation

Die Ausübung eines Gestaltungsrechts, wie das Verlangen um Durchführung der Liquidation, kann rechtsmissbräuchlich sein (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB).[1061] Folglich ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Ausübung, und damit auch der Mitwirkung bei der Kündigung, das Rechtsmissbrauchsverbot entgegensteht. Dies kommt etwa in Betracht, wenn das Recht auf Liquidation nur ausgeübt wird, um den anderen zu schaden (z.B. Schikane).[1062] Meist hat der die Liquidation fordernde Mieter aber ein schützenswertes sachliches Interesse an der gemeinsamen Kündigung,[1063] da er im Aussenverhältnis weiter mithaftet, und zwar nicht nur für die Mietkosten, sondern auch für Schadenersatz, der etwa entsteht, wenn der andere Mieter nach Beendigung des Mietvertrags im Mietobjekt verbleibt.[1064] Zudem nimmt der andere Mieter bei Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags das typische Risiko einer Auflösung der Rechtsgemeinschaft in Kauf und damit auch die für ihn nachteilige Situation, dass auch er das Mietobjekt verlassen muss. Der Umstand allein, dass es für den verbleibenden Mieter zu einer Härte führt, das Mietobjekt verlassen zu müssen, macht das Verlangen um Liquidation für sich allein nicht rechtsmissbräuchlich.[1065]

5. Die gerichtliche Anordnung der Liquidation im Besonderen

5.1. Klage auf Abgabe einer Willenserklärung – Übersicht

Falls sich der Gesellschafter weigert, trotz Eintretens eines Auflösungsgrundes bei der Kündigung des (unbefristeten) Mietverhältnisses mitzuwirken, hat derjenige Gesellschafter, der die Liquidation verlangt, das Gericht anzurufen.[1066] Diesfalls stehen grundsätzlich zwei Wege offen.[1067] Der Gesell-

1061 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 152 m.w.H.; vgl. BGE 133 III 360 E. 8.1.2 (übersetzt in Pra 2008 Nr. 6, S. 43 ff.).

1062 Vgl. dazu etwa HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB N 207 ff.

1063 Vgl. zum sachlichen Interesse an der Rechtsausübung im Allgemeinen HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB N 210–211.

1064 Vgl. dazu hinten, S. 244 ff.

1065 Vgl. zur Interessenlage Beschluss des Amtsgerichts Kiel 108 C 59/99 vom 13. August 1999, in: NJW-RR 2001, S. 154 ff.

1066 SCHMID JÖRG, S. 36.

1067 Wird die Mitwirkung zur Kündigung bei einer gemeinsam gemieteten Familienwohnung begehrt, kann nach der hier vertretenen Auffassung auch der Eheschutzrichter i.S.v. Art. 169 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 266m Abs. 2 OR angerufen werden. Siehe dazu näher vorne, S. 184.

schafter kann vom Richter die Einsetzung eines Liquidators verlangen, der die Liquidation durchführt. Handelt es sich beim Mietvertrag jedoch um das einzige Rechtsverhältnis der Gesellschaft mit Dritten, so empfiehlt es sich, gerichtlich die Mitwirkung des anderen zur Kündigung des Rechtsverhältnisses zu verlangen. Die Klage richtet sich auf Abgabe der Kündigungserklärung, wobei der Gerichtsentscheid die verweigerte Willenserklärung ersetzt, sobald er vollstreckbar ist (Art. 344 Abs. 1 ZPO).[1068] Will der verbleibende Mieter das Mietobjekt übernehmen und liegt eine Zustimmung des Vermieters zur Vertragsübernahme vor, kann die Klage nach der hier vertretenen Auffassung auch auf die Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Vertragsübernahme gerichtet sein. Bei der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung handelt es sich um eine Leistungsklage i.S.v. Art. 84 ZPO und keine Gestaltungsklage.[1069] Der Entscheid wird gemäss Art. 344 Abs. 1 ZPO dadurch vollstreckt, dass die Erklärung durch den Gerichtsentscheid ersetzt wird.[1070]

5.2. Aktiv- und Passivlegitimation

Aktivlegitimiert ist der Gesellschafter, der den Anspruch auf Liquidation gerichtlich durchsetzen will. Passivlegitimiert ist der Gesellschafter, der sich der gewünschten Liquidationshandlung widersetzt.[1071]

5.3. Ausgewählte prozessuale Fragen

a *Streitwert*

Der Streitwert ist prozessual in verschiedener Hinsicht von Bedeutung, namentlich zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts, der Verfahrensart, der Prozesskosten sowie der Kostenvorschüsse und des zulässigen Rechtsmittels.[1072] Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind. Betreffend die einzelnen Klagearten gilt grundsätzlich, dass bei der Leistungsklage auf den objektiven Wert der gefor-

1068 LACHAT, Bail à loyer, S. 106; SCHMID JÖRG, S. 36; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 200.

1069 DORSCHNER, BSK ZPO, Art. 84 ZPO N 13; OBERHAMMER/WEBER, Kurzkommentar, Art. 84 ZPO N 1.

1070 DORSCHNER, BSK ZPO, Art. 84 ZPO N 13; OBERHAMMER/WEBER, Kurzkommentar, Art. 84 ZPO N 1.

1071 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 548-551 OR N 50.

1072 GENNA, S. 81 m.w.H.; RÜEGG/RÜEGG, BSK ZPO, Art. 91 ZPO N 1.

derten Leistung abgestellt wird.[1073] Bei der Gestaltungsklage wird dieser entweder nach dem Wert des Vermögensvorteils bestimmt, der dem Kläger bei Gutheissung der Klage zukommt, oder nach dem Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, das durch die beantragte Rechtsgestaltung betroffen wird.[1074] Bei der Feststellungsklage ist schliesslich der Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses massgebend, dessen Bestand oder Nichtbestand festgehalten werden soll.[1075]

Die Auflösung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft ist eine vermögensrechtliche Streitigkeit, die einen Streitwert aufweist. Wird das Bestehen einer einfachen Gesellschaft bestritten oder ist die Auflösung der Gesellschaft an sich streitig, bemisst sich der Streitwert grundsätzlich nach dem Gesamtwert des gemeinsamen Vermögens;[1076] andernfalls nach dem Wert des klägerischen Anteils am Gesellschaftsvermögen.[1077]

Erschöpft sich die einfache Gesellschaft in der gemeinsamen Miete, ist in der Regel kein gemeinsames Vermögen zu teilen, das einer Streitwertberechnung zugrunde gelegt werden könnte, weshalb diese Rechtsprechung in diesem Fall zu keinem angemessenen Resultat führt. Vielmehr besteht das Interesse des Klägers darin, sich im Aussenverhältnis vom Mietvertrag – und damit aus der Haftung für die Mietzinse und Nebenkosten – lösen zu können. Mithin sind für die Streitwertberechnung die im Einzelfall geschuldeten Mietzinse und Nebenkosten des betreffenden (unbefristeten) Mietverhältnisses heranzuziehen.

Soweit ersichtlich sind zu dieser Frage noch keine Gerichtsentscheide ergangen. Geht es im Verfahren zur Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft – allenfalls neben der Feststellung, dass ein Auflösungsgrund besteht – um die Abgabe der Willenserklärung zur Kündigung oder zur Vertragsübernahme, so erscheint es in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Ausweisung von Mietern sachgerecht, das wirtschaftliche Interesse der Parteien am Mietwert bzw. Schaden zu messen, der durch die Verzögerung des Verfahrens selbst entsteht. In sinngemässer Anwendung der vorstehenden Rechtsprechung zur Streitwertbemessung handelt es sich bei den während dieser Zeit im Innenverhältnis in Form von Beiträgen zur Leistung der Mietzinsen und Nebenkosten anfallenden Schulden um das während dieser Zeit gene-

1073 Vgl. BGE 140 III 571 E. 1.4; 94 II 51 E. 2; STEIN-WIGGER, ZPO-Kommentar, Art. 91 ZPO N 15-16.

1074 GENNA, S. 81; STEIN-WIGGER, ZPO-Kommentar, Art. 91 ZPO N 16.

1075 GENNA, S. 81; STEIN-WIGGER, ZPO-Kommentar, Art. 91 ZPO N 16.

1076 BGE 94 II 122 E. 1; Urteil des BGer 4A_443/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 4; vgl. auch 127 III 396 E. 1b/cc.

1077 STERCHI, BK ZPO, Art. 91 ZPO N 19g.

rierte Vermögen der Gesellschaft.[1078] Sind Nebenkosten vertraglich geschuldet (vgl. Art. 257a Abs. 2 OR), so ist zur Berechnung des Streitwerts der Bruttomietzins heranzuziehen, d.h. der Mietzins samt Nebenkosten.[1079] Beim Summarverfahren – wie etwa dem Rechtsschutz in klaren Fällen – ist diesbezüglich gemäss Bundesgericht unabhängig von allfälligen kantonalen Unterschieden in der tatsächlichen Bewältigung solcher Verfahren von einer Dauer von sechs Monaten auszugehen.[1080] Liegt kein klarer Fall vor und wird ein ordentliches Verfahren eingeleitet, dauert diese Verzögerung aufgrund des Wesens des Verfahrens länger. Schätzungsweise ist mit einer Verzögerung von (mindestens) zehn Monaten zu rechnen.[1081]

b Verfahren

Die gerichtliche Durchführung der Liquidation ist je nach Streitwert im vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) oder ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) zu behandeln.[1082] Bei gegebenen Voraussetzungen kommt auch der Rechtschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO in Betracht.[1083]

c Rechtsbegehren

Ist die einfache Gesellschaft aufgelöst, könnte ein Rechtsbegehren einer Klage auf Abgabe der Willenserklärung etwa wie folgt lauten:

«1. Es sei festzustellen, dass die einfache Gesellschaft zwischen den Parteien zwecks Miete des Objekts *[Beschreibung des Mietobjekts]* per *[Datum]* aufgelöst wurde.[1084]

2. Es sei der Beklagte zur Abgabe folgender Willenserklärung in der nach Art. 266l OR vorgeschriebenen Form (Schriftform) zu verpflichten: ‹Hiermit kündige ich den Mietvertrag für das Mietobjekt *[Beschreibung des Mietobjekts]* unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist auf den nächstmöglichen Termin.›

1078 Vgl. dazu BGE 144 III 346 E. 1.2.1; Urteile des BGer 4A_72/2007 vom 22. August 2007 E. 2.2; 4A_107/2007 vom 22. Juni 2007 E. 2.

1079 Vgl. bei Ausweisungen: Urteil des Bundesgerichts 4A_99/2010 vom 4. April 2011 E. 2.1.

1080 BGE 144 III 346 E. 1.2.1 m.w.H.

1081 In den Urteilen 4D_79/2015 vom 22. Januar 2016 E. 1 und 4A_449/2014 vom 19. November 2014 E. 2.1 ging das Bundesgericht von einer Dauer von sechs Monaten aus. In Urteil des BGer 4A_152/2015 vom 8. Juni 2015 E. 1.2 ist von einer mutmasslichen Dauer von «erheblich über zehn Monaten» die Rede.

1082 Urteil des BGer 4A_143/2013 vom 30. September 2013, E. 2.2; STAEHELIN, BSK OR, Art. 550 OR N 8a.

1083 LACHAT, Bail à loyer, S. 106 Fn. 118.

1084 Vgl. BOHNET, Actions Civiles, § 60 N 29.

3. Es sei dem Beklagten eine Frist von 5 Tagen ab Rechtskraft des Urteils anzusetzen, die Willenserklärung gemäss Ziff. 2 in Schriftform abzugeben; dies mit der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Urteil die Willenserklärung ersetze.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.»

V. Fazit zur mittelbaren Auflösung des Innenverhältnisses

Eine Vertragsänderung (Parteiwechsel) oder eine gemeinsame Aufhebung setzen übereinstimmende Willenserklärungen sämtlicher Vertragsparteien voraus. Wollen die Mieter den Mietvertrag unmittelbar beenden, hat die Kündigungserklärung durch beide zu erfolgen. Bestehen Meinungsverschiedenheiten und weigert sich ein Mieter beispielsweise, einer Kündigung zuzustimmen, bleiben sämtliche Mieter durch den Mietvertrag gebunden. Um sich aus dem Mietvertrag zu befreien, hat der kündigungswillige Mieter zunächst die Auflösung und Liquidation des Innenverhältnisses zu erwirken. Besteht zwischen den Mietern eine einfache Gesellschaft, wird diese aufgelöst, wenn ein Auflösungsgrund vorliegt. Die einfache Gesellschaft wird gemäss Art. 545 Abs. 1 OR namentlich aufgelöst, wenn der Zweck, zu dem sie abgeschlossen wurde, erreicht oder wenn dessen Erreichung unmöglich geworden ist (Ziff. 1), wenn ein Gesellschafter stirbt und für diesen Fall nicht schon vorher vereinbart worden ist, dass die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll (Ziff. 2), durch gegenseitige Übereinkunft (Ziff. 4), durch Kündigung vonseiten eines Gesellschafters, wenn eine solche im Gesellschaftsvertrag vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist (Ziff. 6), oder durch Urteil des Gerichts im Falle der Auflösung aus einem wichtigen Grund (Ziff. 7). Daneben kommt nach der Lehre eine ausserordentliche Auflösung gestützt auf Art. 27 ZGB in Betracht.

Nach der einhelligen Lehre, die sich auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2009 stützt, führt namentlich die Beendigung eines Konkubinats infolge Trennung ohne Weiteres zur Unerreichbarkeit der zum Zweck des Zusammenlebens gegründeten Gesellschaft i.S.v. Art. 545 Abs. 1 OR. Trennen sich zwei Ehegatten, ist jedoch das Eherecht zu berücksichtigen, namentlich die Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung. Selbst wenn der Auflösungsgrund von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR infolge Trennung bejaht würde, setzt die klageweise Auflösung und Liquidation des gemeinsamen Mietvertrags nach der hier vertretenen Auffassung «triftige Gründe» i.S.v. Art. 169 ZGB voraus. Vielfach ist eine Berufung auf Art. 545 Abs. 1 OR jedoch nicht erforderlich. Entscheiden sich die Gesellschafter einvernehmlich, den gemeinsamen Gebrauch der Mietsache aufzugeben, sei es infolge Trennung, Aufgabe des

gemeinsamen Geschäfts oder aus anderen Gründen, so liegt mit Bezug auf den gemeinsamen Gebrauch der Mietsache in der Regel eine Auflösung der Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft vor (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Erfolgt die Aufgabe des gemeinsamen Gebrauchs einseitig (z.B. Auszug eines Mieters), so stellt diese Handlung gegebenenfalls eine konkludente (ordentliche) Kündigung der einfachen Gesellschaft dar.

Ist die einfache Gesellschaft aufgelöst und besteht zwischen den Gesellschaftern und den Mietern ein unbefristeter Mietvertrag, kann jeder Gesellschafter als Liquidationshandlung vom anderen verlangen, dass der Mietvertrag auf den nächstmöglichen vertraglichen oder gesetzlichen Termin gekündigt wird. Mit anderen Worten hat jeder Mitmieter aufgrund der Auflösung der einfachen Gesellschaft an der Beendigung des Mietvertrags mitzuwirken und eine Kündigungserklärung abzugeben. Wirkt der verbleibende Mieter trotz Aufforderung nach Auflösung der Gesellschaft nicht bei der Kündigung mit, ist der ausgezogene Mieter nach der hier vertretenen Auffassung nach dem hypothetischen Eintritt des nächstmöglichen Kündigungstermins nicht mehr verpflichtet, die vormals vereinbarten Mietkosten im Innenverhältnis zu tragen. Falls sich der Gesellschafter weigert, trotz Eintretens eines Auflösungsgrundes bei der Kündigung des (unbefristeten) Mietverhältnisses mitzuwirken, hat derjenige Gesellschafter, der die Liquidation verlangt, das Gericht anzurufen. Der Gesellschafter kann entweder die Einsetzung eines Liquidators zur Liquidation der Gesellschaft verlangen oder – wenn es sich beim Mietvertrag um das einzige Rechtsverhältnis der Gesellschaft handelt – die Abgabe der Kündigungserklärung, wobei der Gerichtsentscheid die verweigerte Willenserklärung ersetzt, sobald er vollstreckbar ist (Art. 344 Abs. 1 ZPO). Will der verbleibende Mieter das Mietobjekt übernehmen und liegt eine Zustimmung des Vermieters zur Vertragsübernahme vor, kann der verbleibende Mieter nach der hier vertretenen Auffassung im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft auch die Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Vertragsübernahme verlangen.

6. Teil: Kündigungsschutz beim gemeinsamen Mietvertrag

1. Kapitel: Die Rechte der Mieter nach der Kündigung im Überblick

Will eine Partei die Kündigung eines Mietvertrags von Wohn- oder Geschäftsräumen anfechten, so muss sie das Begehren innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung der Schlichtungsbehörde einreichen (Art. 273 Abs. 1 OR). Will der Mieter eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen, so muss er das Begehren bei einem unbefristeten Mietverhältnis innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung und bei einem befristeten Mietverhältnis spätestens 60 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer bei der Schlichtungsbehörde einreichen (Art. 273 Abs. 2 lit. a und b OR).

Der Gegenstand des Kündigungsschutzverfahrens bestimmt sich grundsätzlich durch das Rechtsbegehren der klagenden Partei.[1085] Im Vordergrund steht die durch Anfechtungsklage geltend gemachte Ungültigkeit der Kündigung infolge Missbräuchlichkeit nach Art. 271 Abs. 1 und 271a OR und – eventualiter – die Erstreckung[1086] des Mietverhältnisses.[1087] Die Kündigung ist innerhalb der Frist von Art. 273 OR anzufechten, ansonsten der Einwand der Missbräuchlichkeit verwirkt.[1088] Es handelt sich um eine Gestaltungsklage.[1089] Erkennt das Gericht in diesem Verfahren auf Missbräuchlichkeit der Kündigung, so wird diese aufgehoben (Gestaltungsurteil).[1090] Die Kündigung

1085 BGE 132 III 65 E. 3.2.

1086 Der Begriff der Erstreckung kann definiert werden als das «Herausschieben des Zeitpunktes der Rückgabe der Mietsache über den von den Parteien (vertraglich oder durch Kündigung) gesetzten Beendigungstag hinaus […], ohne dass dazu ein Konsens der Parteien vonnöten wäre» (vgl. HIGI, ZK, Art. 272 OR N 17).

1087 Vgl. POLIVKA, SVIT-Kommentar, Art. 273 OR N 2 und N 5.

1088 BGE 122 III 92 E. 2d.

1089 BGE 140 III 598 E. 3.2; BOHNET, Actions civiles, § 75 N 6; BROQUET, S. 42 N 9.

1090 FUTTERLIEB, SVIT-Kommentar, Art. 271 OR N 60.

entfaltet keine Wirkung und das Mietverhältnis wird unverändert fortgesetzt.[1091] Bei Abweisung des Anfechtungsbegehrens wird gemäss Art. 273 Abs. 5 OR die Erstreckung – auch ohne Antrag – von Amtes wegen geprüft.[1092]

Darüber hinaus prüft das Gericht im Rahmen eines Anfechtungs- oder eines Erstreckungsbegehrens vorfrageweise die Nichtigkeit[1093] oder Unwirksamkeit[1094] der Kündigung.[1095] Bei nichtigen oder unwirksamen Kündigungen gelten weder eine Frist, noch besteht eine Anfechtungsobliegenheit. Dem Mieter steht grundsätzlich jederzeit die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit offen, die an keine Frist gebunden ist.[1096] Er kann die unwirksame Kündigung aber auch nach Art. 273 OR anfechten bzw. im Rahmen dieses Verfahrens auf Feststellung der Unwirksamkeit klagen.[1097]

Nachfolgend werden die wesentlichen Besonderheiten besprochen, die sich beim Kündigungsschutz von Mietverträgen mit mehreren Mietern ergeben, insbesondere im Anfechtungsverfahren und bei der Feststellung der Nichtigkeit von Kündigungen (Kapitel 2) und bei der Erstreckung von gemeinsamen Mietverträgen (Kapitel 3). Ein besonderes Augenmerk liegt auf der Thematik der Aktiv- und Passivlegitimation zur Führung von Prozessen.

1091 FUTTERLIEB, SVIT-Kommentar, Art. 271 OR N 60.

1092 Vgl. POLIVKA, SVIT-Kommentar, Art. 273 OR N 2.

1093 Vgl. BGE 133 III 175 E. 3.3.3; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 266l–266o OR N 50: Eine Kündigung ist nichtig, wenn die Formvorschriften nach Art. 266l–266n OR nicht eingehalten sind.

1094 Vgl. dazu BGE 121 III 156 E. 1c/aa; 135 III 441 E. 3.1 (übersetzt in Pra 2010 Nr. 30, S. 215 ff.): Unwirksam und ohne Folgen ist eine Kündigung, «welche die für sie geltenden gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen nicht erfüllt.» Dies ist beispielsweise bei der Kündigung wegen angeblicher Nichtbezahlung des Mietzinses der Fall, wenn die Miete in Wirklichkeit bezahlt worden ist.

1095 BGE 142 III 278 E. 4.1 (übersetzt in MRA 2016, S. 156 ff.); 139 III 457 E. 5.2; 132 III 65 E. 3.2 S. 68 f.; Urteile des BGer 4A_383/2015 vom 7. Januar 2016 E. 4.2; 4C.135/2001 vom 4. September 2001 E. 1b; POLIVKA, SVIT-Kommentar, Art. 273 OR N 8 m.w.H.; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 6.

1096 Vgl. Urteil des BGer 4C.6/2002 vom 10. September 2002 E. 3; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 3b; POLIVKA, SVIT-Kommentar, Art. 273 OR N 7 m.w.H.; vgl. aber zum allgemeinen Vorbehalt von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und der Rechtssicherheit: Urteil des BGer 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006 E. 2.

1097 BACHOFNER, Rn. 190.

2. Kapitel: Die Anfechtung der Kündigung bei der gemeinsamen Miete

I. Sachlegitimation

1. Allgemeines

Die Legitimation zur Anfechtung der Kündigung und zur Stellung eines Erstreckungsbegehrens ergibt sich aus dem materiellen Recht. Art. 271, 271a und 272 OR räumen sowohl dem Vermieter als auch dem Mieter ein Anfechtungsrecht ein und ermöglichen es dem Mieter, die Erstreckung des Mietverhältnisses zu verlangen.[1098] Die Aktiv- und Passivlegitimation hängt mithin grundsätzlich von der Parteistellung ab, die durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist.[1099] Beim einfachen Mietvertrag ist bei einer Kündigung durch den Vermieter der Mieter aktivlegitimiert. Die Klage richtet sich gegen den passivlegitimierten Vermieter. Bei einer Kündigung des Mieters sind die Rollen vertauscht.[1100]

Bei der Sachlegitimation handelt es sich nicht um eine Prozessvoraussetzung i.S.v. Art. 60 ZPO, sondern sie betrifft das materielle Recht.[1101] Bei einem Mangel ist die Klage als unbegründet abzuweisen.[1102] Die Legitimation ist als materiellrechtliche Voraussetzung des streitgegenständlichen Anspruchs von Amtes wegen zu prüfen.[1103]

2. Notwendige Streitgenossenschaft bei mehreren Mietern

2.1. Die Kündigungsanfechtung als Gestaltungsklage

Beim gemeinsamen Mietvertrag handelt es sich um ein einheitliches Rechtsverhältnis, das nur als Gesamtheit und für alle Beteiligten besteht.[1104] Kündigt der Vermieter, übt er ein aufhebendes Gestaltungsrecht aus.[1105] Durch das Begehren um Anfechtung der Kündigung bezweckt die Mieterschaft, das Rechtsverhältnis aufrechtzuerhalten.[1106] Bei der Anfechtungsklage handelt

1098 HIGI, ZK, Art. 273 OR N 31; POLIVKA, SVIT-Kommentar, Art. 273 OR N 10.

1099 HIGI, ZK, Art. 273 OR N 33; zur Abgrenzung des gemeinsamen Mietvertrags zu anderen Vertragsverhältnissen: vorne, S. 47 ff.

1100 HIGI, ZK, Art. 273 OR N 32.

1101 BGE 139 III 504 E. 1.2; 133 III 180 E. 3.4.

1102 BGE 138 III 737 E. 2.

1103 BGE 126 III 59 E. 1a.

1104 Siehe vorne, S. 35.

1105 BGE 140 III 598 E. 3.2.

1106 BGE 140 III 598 E. 3.2.

es sich folglich um eine Gestaltungsklage.[1107] Bestehen auf der einen und/oder anderen Seite mehrere Vertragsparteien, kann diese Klage nicht zu einem Urteil führen, das nur gegenüber gewissen Betroffenen wirkt.[1108] Dementsprechend bilden die Mitmieter im Anfechtungsverfahren in prozessualer Hinsicht eine notwendige Streitgenossenschaft (vgl. Art. 70 Abs. 1 ZPO).[1109] Diese liegt namentlich bei einer Gestaltungsklage vor, in der ein Recht oder eine Rechtsbeziehung zwischen verschiedenen Parteien aufgehoben wird (vgl. Art. 87 ZPO).[1110] Grundsätzlich gilt also, dass die Klage mangels Aktiv- oder Passivlegitimation abzuweisen ist, wenn sie nicht von allen Berechtigten erhoben oder nicht gegen alle Verpflichteten gerichtet wird.[1111] Im Rahmen der Anfechtung einer Kündigung durch den Vermieter bilden die Mitmieter im Klageverfahren mithin eine notwendige Streitgenossenschaft.[1112] Ebenfalls eine notwendige Streitgenossenschaft bilden die Mieter im Fall, in dem die Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit verlangt wird.[1113]

2.2. Erfordernis des gemeinsamen Schlichtungsbegehrens

Die notwendigen Streitgenossen müssen bei der Klageanhebung gemeinsam handeln.[1114] Sofern für eine Klage ein Schlichtungsverfahren zwingend ist, ist das Schlichtungsgesuch mithin von allen Streitgenossen einzureichen.[1115] Diese sind namentlich zu bezeichnen.[1116] Das Schlichtungsverfahren ist eine

1107 Siehe vorne, S. 207.

1108 BGE 140 III 598 E. 3.2; BGE 146 III 346 E. 2.1; Urteil des BGer 4A_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4.1.

1109 BGE 140 III 598 E. 3.2; BGE 146 III 346 E. 2.1; Urteil des BGer 4A_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4.1.

1110 BGE 140 III 598 E. 3.2 m.w.H.

1111 Vgl. BGE 140 III 598 E. 3.2; 138 III 737 E. 2; 137 III 455 E. 3.5.

1112 BGE 140 III 598 E. 3.2 m.w.H.; Urteile des BGer 4A_625/2017 vom 12 März 2018 E. 3.1; 4A_689/2017 vom 28. August 2017 E. 4.1.

1113 Urteil des BGer 4C.331/1993 vom 20. Juni 1994 E. 5b, in: SJ 1995, S. 53 ff.: «Il est, en conséquence, inadmissible de rendre sur sa validité ou son annulation, un jugement qui n'aurait force qu'entre certains intéressés, car le rapport qui existe entre ceux-ci ne peut pas être détaché et jugé séparément du rapport indivisible dans son ensemble.» Dietschy-Martenet, Concubins, S. 123; SCHMID HANS, S. 376 f. vgl. auch BGE 89 II 429 E. 4, a.M. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266a OR N 1b, nach welchem im Rahmen der Feststellungsklage nur diejenigen Parteien ins Recht zu fassen sind, welche betreffend die Gültigkeit der Kündigung eine andere Auffassung vertreten als der Kläger.

1114 Vgl. BGE 142 III 782 E. 3.1.2 (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.); 138 III 737 E. 2; vgl. sinngemäss zur Anfechtung einer Mietzinserhöhung: BGE 136 III 431 E. 4.2; BGE 146 III 346 E. 2.1; GIAVARINI, MRA 2015, S. 151.

1115 BGE 142 III 782 E. 3.1.2 (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.); vgl. SCHMID JÖRG, S. 36.

1116 Für das Schlichtungsgesuch und die Klagebewilligung vgl. Art. 202 Abs. 2 und 209 Abs. 2 lit. a ZPO; vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 101.

notwendige Voraussetzung des gerichtlichen Kündigungsschutzverfahrens (vgl. Art. 273 Abs. 1 OR) und bildet Teil des gerichtlichen Kündigungsschutzes.[1117] Folglich müssen die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft bereits bei der Anfechtung der Kündigung vor der Schlichtungsbehörde erfüllt sein.[1118]

Das Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 70 Abs. 1 ZPO ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da die Mieterschaft gemäss Art. 273 Abs. 1 OR verpflichtet ist, das Begehren zur Anfechtung der Kündigung innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung der Schlichtungsbehörde einzureichen. Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, die von Amtes wegen zu beachten ist.[1119] Das Schlichtungsgesuch ermöglicht es mithin, eine Verwirkungsfrist zu wahren.[1120] Im Übrigen führt nicht nur die fehlende Aktiv- oder Passivlegitimation, sondern auch die verpasste Anfechtungsfrist i.S.v. Art. 273 OR zu einer Abweisung und nicht zu einem Nichteintretensentscheid. Bei der Anfechtungsfrist handelt es sich um eine materiellrechtliche und keine verfahrensrechtliche Frist,[1121] weshalb die Anfechtungsklage oder das Erstreckungsbegehren bei verspäteter Einreichung abzuweisen ist.[1122]

Um die fristwahrende Wirkung herbeizuführen, muss die verfahrensleitende Handlung von den klageberechtigten Personen ausgehen und gegen diejenigen Personen gerichtet sein, die passivlegitimiert sind.[1123] Fehlt es bei der Einleitung des gerichtlichen Kündigungsschutzverfahrens an der Aktiv- oder Passivlegitimation, hat dies die Abweisung der Klage zur Folge und nicht deren Unzulässigkeit.[1124] Im einen wie im anderen Fall hat der Kläger zwar die Möglichkeit, ein neues Schlichtungsgesuch einzureichen und den Fehler damit zu beheben, das erneut eingereichte Gesuch wirkt jedoch nicht auf den Zeitpunkt des ersten Gesuchs zurück (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 ZPO), sodass, falls

1117 Vgl. sinngemäss zur Anfechtung einer Mietzinserhöhung: BGE 136 III 431 E. 4.2; Giavarini, MRA 2015, S. 151; vgl. auch HIGI, ZK, Art. 274a OR N 27.

1118 Urteil des BGer 4A_539/2019 vom 6. Januar 2020 E. 6: «Il n'est pas admissible d'agir en justice contre une personne qui n'était pas partie à la procédure de conciliation»; vgl. dazu auch Urteil des BGer 4A_266/2016 vom 25. Juli 2016 E. 3; GIAVARINI, MRA 2015, S. 151; Vgl. DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 109.

1119 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 3 m.w.H.

1120 Vgl. Art. 64 Abs. 2 ZPO; BGE 142 III 782 E. 3.1.3.2 (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.); 130 III 515 E. 3; Urteil des BGer 4A_560/2015 vom 20. Mai 2016 E. 4.1.2.

1121 BGE 140 III 244 E. 5.2; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 3; KOLLER THOMAS/STRIK, ZBJV 2018, S. 428 f.

1122 BGE 140 III 244 E. 5.2; KOLLER THOMAS/STRIK, ZBJV 2018, S. 429; a.M. das Urteil des BGer 4A_171/2008 vom 22. Mai 2008 E. 1.2.

1123 BGE 142 III 782 E. 3.1.3.2 m.w.H. (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.).

1124 BGE 142 III 782 E. 3.1.4 (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.).

die Verwirkungsfrist von 30 Tagen abgelaufen ist, das Recht der klagenden Partei auf Anfechtung der Kündigung erloschen ist.[1125]

2.3. Kein nachträglicher Einbezug von Parteien

Anders als bei der bloss fehlenden Vollmacht einer Partei[1126] oder der bloss falschen Parteibezeichnung[1127] betont das Bundesgericht, dass die Zivilprozessordnung keine Grundlage für den nachträglichen Einbezug oder die Beiladung eines notwendigen Streitgenossen enthält.[1128] Für einen nachträglichen Einbezug ist gemäss Art. 83 Abs. 4 ZPO die Zustimmung sämtlicher bisheriger Parteien vorausgesetzt.[1129]

Fehlt es der Mieterschaft als notwendige Streitgenossenschaft an der Aktivlegitimation im Zeitpunkt des Schlichtungsbegehrens, so ist die Klage folglich vom Richter abzuweisen. Nichts anderes kann im nachfolgend besprochenen Sonderfall gelten, da nur ein (einzelner) Mieter gegen die Kündigung der Wohnung vorgeht und es versäumt, sämtliche Mitmieter auf der Passivseite einzubeziehen. Zwar kann er sein Schlichtungsgesuch nach dem Gesagten zurückziehen und neu gegen die richtigen Parteien einreichen, diese Einreichung erfolgt aber verspätet und das Anfechtungsrecht erlischt, wenn die 30-tägige Anfechtungsfrist nicht eingehalten wird.

3. Zulässigkeit der Anfechtung durch einzelne Mitmieter

3.1. Wohnraummiete

a Einzelanfechtungsrecht

Die Frage, ob auch jeder Mitmieter die Kündigung einzeln anfechten kann, war lange Zeit umstritten. Ein Teil der Lehre betonte den einheitlichen Charakter des gemeinsamen Mietvertrags und vertrat die Meinung, dass die Anfechtung

---

1125 Vgl. BGE 142 III 782 E. 3.1.4 (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.); Urteil des BGer 4A_560/2015 vom 20. Mai 2016 E. 4.1.4; vgl. auch Urteil des Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt AGE 974/2008 vom 19. Januar 2009 E. 2.6, in: BJM 2010, S. 267 ff., bezüglich der Verwirkungsfrist von 30 Tagen nach Art. 270b Abs. 1 OR.

1126 Vgl. dazu hinten, S. 232 ff.

1127 Vgl. dazu BGE 142 III 782 E. 3.2.2 (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.): Die unrichtige Parteibezeichnung darf als formelles Versehen nicht mit der fehlenden Aktiv- oder Passivlegitimation verwechselt werden; vgl. auch Urteil 4A_560/2015 vom 20. Mai 2016 E. 4.2; BGE 141 III 539 E. 3.5.1.

1128 BGE 142 III 782 E. 3.1.2 (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.). Das Bundesgericht erinnert daran, dass die Zivilprozessordnung keine Bestimmung kennt, welche dem Richter eine Beiladung eines (notwendigen) Streitgenossen erlauben würde. Ebenso fehlt es an einer Rechtsgrundlage für eine Fristansetzung durch das Gericht, womit das Gericht die gegenteilige Auffassung von GROSS/ZUBER, BK ZPO, Art. 70 ZPO N 36 und Ruggle, BSK ZPO, Art. 70 ZPO N 25, ausdrücklich ablehnt.

1129 BGE 142 III 782 E. 3.2.2 (übersetzt in Pra 2018 Nr. 46, S. 391 ff.); DOMEJ, Kurzkommentar, Art. 70 ZPO N 14; BORLA-GEIER, DIKE-Kommentar, Art. 70 ZPO N 14–18.

der Kündigung dem Grundsatz zu folgen hat, wonach die Mitmieter gemeinsam klagen müssen und prozessual gesehen eine notwendige Streitgenossenschaft bilden.[1130] Ein anderer Teil der Lehre war der Auffassung, dass jeder Mitmieter die Kündigung aus Gründen des Sozialschutzes einzeln anfechten könne. Zur Einhaltung der Regeln über die notwendige Streitgenossenschaft verlangten diese Autoren, dass der oder die anderen Mitmieter, welche die Kündigung nicht angefochten hatten, im Prozess auf der Seite des Vermieters einzuklagen waren.[1131] Die Frage, ob die Mitmieter gemeinsam anfechten müssen, um die Aufhebung der Kündigung gemäss Art. 271 und 271a OR zu verlangen, wurde vom Bundesgericht lange Zeit offengelassen.[1132]

In BGE 140 III 598 schloss sich das Bundesgericht der letztgenannten Lehrmeinung an. Das Gericht trug dem Spannungsfeld zwischen den Anforderungen an eine notwendige Streitgenossenschaft und dem mietrechtlichen Sozialschutzgedanken bei der Miete von Wohnraum Rechnung, indem es dem Mieter bei gemeinschaftlicher Miete trotz notwendiger Streitgenossenschaft gestattete, die Kündigung des Vermieters selbständig anzufechten, sofern er diejenigen Mitmieter zusammen mit dem Vermieter auf der Passivseite in den Prozess einbezieht, die sich nicht gegen die Kündigung zur Wehr setzen wollen.[1133] Ansonsten ist dem klagenden Mieter die Aktivlegitimation abzusprechen und die Klage abzuweisen.[1134]

Die vom Bundesgericht in BGE 140 III 598 bejahte Zulässigkeit der alleinigen Kündigungsanfechtung wurde von der Lehre überwiegend begrüsst,[1135] ist aber nicht kritiklos geblieben.[1136] Darauf ist zurückzukommen.[1137]

1130 GIAVARINI, MRA 2011, S. 55 ff.; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Art. 273 OR N 10; Higi, ZK, Art. 273 OR N 33; MICHELI, S. 13; HANS SCHMID, S. 376 f.

1131 Vgl. etwa DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 122 f.; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 187 f.; JACQUEMOUD-ROSSARI, S. 104 f.; KOLLER THOMAS, ZBJV 2005, S. 321.

1132 Urteil des BGer 4A_240/2014 vom 28. August 2014 E. 4.3, nicht veröffentlicht in BGE 140 III 491 ff.; 4C.37/2001 vom 30. Mai 2001 E. 2b/bb.

1133 BGE 140 III 598 E. 3; bestätigt in BGE 146 III 346 E. 2.2 und den Urteilen des BGer 4A_570/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1; 4A_625/2017 vom 12. März 2018 E. 3.1; 4A_347/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 3.1; 4A_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4; vgl. auch BGE 145 III 281 E. 3.4.2; zum Sozialschutzgedanken im Besonderen: LÜSCHER/KINZER, S. 119; BGE 146 III 346 E. 2.2: «Concrètement, l'objectif est d'éviter que l'un des colocataires ne perde son logement parce que l'autre ne souhaite pas agir en justice.»

1134 BGE 140 III 598 E. 3.2.

1135 WEBER ROGER, BSK OR, und Art. 273 OR N 2a und Art. 273a OR N 4; KOLLER THOMAS, ZBJV 2016, S. 46; DERSELBE, Jusletter, Rn. 3; THANEI, S. 33; ohne Wertung: HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-265 OR N 124.

1136 GIAVARINI, MRA 2015, S. 142 ff.; vgl. ansatzweise auch MAAG, HAP, 3.23; kritisch auch ROHRER, MRA 2019, S. 189.

1137 Siehe hinten, S. 218 ff.

b Die Sachlegitimation bei der Kündigung der Familienwohnung im Besonderen

Dient die gemietete Sache als Wohnung der Familie, so kann auch der Ehegatte des Mieters die Kündigung anfechten, die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen oder die übrigen Rechte ausüben, die dem Mieter bei Kündigung zustehen (Art. 273a Abs. 1 OR). Diese Regelung gilt bei eingetragenen Partnerschaften sinngemäss (Art. 273a Abs. 3 OR).

Die Anfechtung durch den nicht mietenden Ehegatten stellt nach herrschender Lehre einen Fall der Prozessstandschaft dar, d.h., der Ehegatte ist berechtigt, den Prozess in eigenem Namen an Stelle des berechtigten Ehegatten und Mieters zu führen. Dessen Einbezug in das Verfahren ist nicht erforderlich. Mithin ist es nicht nötig, den Ehegatten und Mieter auf der Beklagtenseite einzuklagen.[1138] Als Folge der Prozessstandschaft erstreckt sich die Rechtskraft des gerichtlichen Entscheids auf den Rechtsinhaber, d.h. den mietenden Ehegatten.[1139]

Beim Mietvertrag über die Familienwohnung bejahte das Bundesgericht in der älteren Rechtsprechung das Recht jedes Ehegatten, der Mitmieter ist, die Kündigung allein anzufechten. Dies geschah mit der Begründung, dass Art. 273a Abs. 1 OR dieses Recht gar dem Ehegatten gewährt, der nicht Mieter ist.[1140] Der überwiegende Teil der Lehre befürwortete auch bei der gemeinsamen Miete in der Regel unter Hinweis auf BGE 118 II 168 ff. das Einzelrecht des Ehegatten auf Anfechtung der Kündigung, ohne den anderen Mieter in das Verfahren einbeziehen zu müssen.[1141] Das Bundesgericht verwarf in BGE 145 III 281 ff. eine analoge Anwendung von Art. 273a OR auf die gemeinsame Miete durch Ehegatten. Auch in diesem Fall ist somit gemäss der Rechtsprechung in BGE 140 III 598 ff. bei der gemeinsamen Miete der Ehepartner und Mitmieter, der die Kündigung nicht anfechten will, auf der Passivseite ins Ver-

1138 Implizit bereits BGE 115 II 361 E. 4c; vgl. HIGI, ZK, Art. 273a OR N 14 f.; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273a OR N 1; KOLLER THOMAS, ZBJV 2016, S. 48; vgl. für Prozessstandschaft und Zulässigkeit der Einzelklage auch POLIVKA, SVIT-Kommentar, Art. 273a OR N 3 und N 6; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 273a-c N 1; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, Art. 169 ZGB N 81; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, S. 465.

1139 Vgl. Urteil des Obergerichts Zürich NG180004 vom 20. September 2018 E. 4.5.2 (vorinstanzlicher Entscheid von BGE 145 III 281 ff.); WEBER ROGER, Die gemeinsame Miete, S. 189.

1140 Vgl. BGE 140 III 598 E. 3.1 m.V. auf BGE 118 II 168 E. 2b; vgl. auch BGE 136 III 431 E. 3.1.

1141 Vgl. etwa WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273a N 4 OR; SCHMID JÖRG, S. 36 f.; MEYER S. 54; FUCHS, S. 30; KOLLER THOMAS, ZBJV 2016, S. 48; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 124; vgl. auch HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 133; a.M. SCHMID HANS, S. 377, MICHELI, S. 14; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, S. 466; KOUMBARAKIS, S. 76.

fahren einzubeziehen, ansonsten die Klage mangels Aktivlegitimation abzuweisen ist.[1142] Bei der einfachen Miete gilt demgegenüber weiterhin die Regelung von Art. 273a OR, die den Einbezug des anderen Ehegatten nicht verlangt.

c Die Sachlegitimation bei der Erbengemeinschaft im Besonderen

Stirbt ein Mieter, treten seine Erben in die Rechte und Pflichten aus dem betreffenden Mietverhältnis ein (vgl. Art. 560 ZGB). Der oder die Erben werden von Gesetzes wegen anstelle des verstorbenen Mieters selbst Mieter. Bei mehr als einem Erben entsteht eine Erbengemeinschaft, die als Gesamthandschaft gemeinsam zu beschliessen und zu verfügen hat. Wird der Nachlass nicht geteilt, müssen die Erben, die eine Erbengemeinschaft bilden, gemeinsam über den Nachlass verfügen (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB), und zwar gestützt auf einen einstimmigen Beschluss (Art. 653 Abs. 2 ZGB).[1143] Die Erbengemeinschaft bildet im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens auf Mieterseite eine notwendige Streitgenossenschaft. Im Anschluss an BGE 140 III 598 ff. hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung auf die Kündigungsanfechtung durch die Erbengemeinschaft ausgeweitet. Besteht Uneinigkeit zwischen den Erben betreffend die Anfechtung der Kündigung, so ist ein Miterbe berechtigt, die Kündigung anzufechten bzw. die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung feststellen zu lassen. Vorausgesetzt ist aufgrund des Wesens der Erbengemeinschaft als notwendige Streitgenossenschaft, dass er den oder die Miterben auf Beklagtenseite in das Verfahren einbezieht.[1144] Zu beachten ist einschränkend jedoch, dass zur Anfechtung der Kündigung nur diejenigen Erben berechtigt sind und der mietrechtliche Kündigungsschutz nur jenen Erben zusteht (Rechtsschutzinteresse; vgl. Art. 59 ZPO), die selbst in der betreffenden Wohnung leben oder die Geschäftsräume benützen.[1145] Offen ist namentlich, was gilt, wenn neben dem berechtigten Erben beispielsweise auch ein Erbe mitklagt, der kein persönliches Interesse in der genannten Art hat.[1146] Nach der hier vertretenen Auffassung kann einem «nicht wohnenden» Mitmieter, welcher im Rahmen der notwendigen Streigenossenschaft mit dem bewohnenden

---

1142 BGE 145 III 281 E. 3.4.2.

1143 Urteil des BGer 4C.37/2001 vom 30. Mai 2001, E. 2b/aa.

1144 Urteile des BGer 4A_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4.1; 4A_347/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 3.1; BGE 146 III 346 E. 2.2; LÖTSCHER, Das schwarze Schaf, S. 186 in Fn. 136; BOHNET, Actions civiles, § 20 N 15a; a.M. BISANG/KOUMBARAKIS, SVIT-Kommentar, Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren in Mietsachen, N 37.

1145 Urteile des BGer 4A_689/2016 vom 28 August 2017 E. 4.1; 4A_347/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 3.1; 4A_282/2021 vom 29. November 2021 E. 4.4; kritisch dazu der Kommentar von SCHNEUWLY, ius.focus 2018 Nr. 8.

1146 Vgl. KOLLER THOMAS, ZBJV 2022, S. 315.

Mitmieter klagt und das Mietverhältnis fortsetzen will, das schutzwürdige Interesse nicht abgesprochen werden.[1147] Gleiches gilt, wenn sämtliche «wohnenden» und «nicht wohnenden» Erben klagen. Würde man anders entscheiden, wäre mit Bezug auf die «nicht wohnenden» Mitmieter und Erben auf die Klage nicht einzutreten. Die Klage wäre alsdann mangels Aktivlegitimation abzuweisen, da nicht sämtliche Mitmieter am Verfahren beteiligt sind.[1148]

3.2. Geschäftsraummiete

Das Bundesgericht begründet das alleinige Anfechtungsrecht im Wesentlichen mit dem sozialen Schutzbedürfnis, das besonders ausgeprägt ist, wenn ein Wohnraum auf dem Spiel steht.[1149] In der Lehre wird das Sozialschutzbedürfnis auch für die Geschäftsraummiete bejaht.[1150] Das Bundesgericht betont, dass die Regeln zum Kündigungsschutz (Art. 271 bis 273c OR) für Wohnungen und Geschäftsräume gleichermassen gelten. Es überträgt mithin die durch BGE 140 III 598 ff. geschaffene Praxis – ohne Einschränkung – auf Geschäftsräume.[1151] Folglich ist bei der Geschäftsraummiete ein einzelner Erbe zur Kündigungsanfechtung legitimiert, sofern er die Geschäftsräume benützt und neben dem Vermieter auch seine Miterben einklagt.[1152]

4. Die Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung

Die Praxis des Bundesgerichts gilt auch für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung.[1153] Dies erscheint konsequent,

1147 So auch KOLLER THOMAS, ZBJV 2022, S. 315; GIAVARINI, MRA 2022, S. 66.

1148 KOLLER THOMAS, ZBJV 2022, S. 315; vgl. auch RUGGLE, BSK ZPO, Art. 70 ZPO N 21.

1149 BGE 140 III 598 E. 3.2.

1150 Vgl. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 2a; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 217; STRIK, Rn. 38; wohl auch KOLLER THOMAS, Jusletter, Rz. 3.

1151 Urteil des BGer 4A_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4.1 in fine (übersetzt in: mp 2017, S. 307 ff.), wo die Anfechtung einer Kündigung eines Mietvertrags über ein Café geprüft wurde: «Certes, l'ATF 140 III 598 concernait un bail d'habitation. Les dispositions sur la protection contre les congés des art. 271 à 273c CO s'appliquent toutefois aussi bien aux baux d'habitations qu'aux baux de locaux commerciaux.» In Urteil des BGer 4A_625/2017 vom 12 März 2018 E 3.1 behandelte das Gericht die Kündigung eines Mietvertrags über Geschäftsräume («un espace showroom») und erachtete die Rechtsprechung von BGE 140 III 598 ff. ohne nähere Erläuterung als anwendbar. In BGE 146 III 346 E. 2.2 bestätigt das Gericht die Anwendung dieser Praxis auf die Geschäftsraummiete ausdrücklich.

1152 Urteil des BGer 4A_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4.1; vgl. zu diesem Entscheid auch das Urteil des Obergerichts Zürich NG180004 vom 20. September 2018 E. 4.6.4.3 (vorinstanzlicher Entscheid von BGE 145 III 281 ff.).

1153 BGE 146 III 346 E. 2.2; Urteile des BGer 4A_347/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 3.1; 4A_689/2016 vom 28. August 2017 E. 4.1: «Chacun d'eux a toutefois la qualité pour agir seul en annulation de la résiliation du bail (respectivement en nullité ou inefficacité de cette résiliation) lorsque son ou ses cohéritiers s'y refusent, pour autant qu'il assigne

zumal das Gericht die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung auch im Rahmen eines Anfechtungs- oder eines Erstreckungsbegehrens vorfrageweise prüft,[1154] bei welchen ein einzelner Mieter nach Massgabe des Gesagten berechtigt ist, einzeln vorzugehen.

5. Ausdehnung des Individualklagerechts auf andere mietrechtliche Gestaltungsklagen

Das Mietrecht kennt weitere Gestaltungsklagen, namentlich die Anfechtung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen nach Art. 270b OR.[1155] Das Bundesgericht hat die Frage, ob einer von mehreren Mietern alleine klagen kann, namentlich mit Bezug auf die in der Praxis bedeutsame Anfechtung von Mietzinserhöhungen lange offengelassen.[1156] In der Lehre war das Anfechtungsrecht des Einzelnen umstritten. Ein Teil bejaht dies unter Verweis auf den in BGE 140 III 598 ff. angerufenen Sozialschutzgedanken, der insbesondere auch bei der Anfechtung einer Mietzinserhöhung zum Tragen komme.[1157] Ein anderer Teil lehnt eine Ausweitung ab, da der vom Bundesgericht angeführte Sozialschutzgedanke bei der Anfechtung von Mietzinserhöhungen weniger spiele, zumal eine Mietzinserhöhung nicht den Verlust des Mietobjekts zur Folge hat.[1158] LACHAT geht noch einen Schritt weiter und bejaht darüber hinaus auch ein Klagerecht einzelner Mieter zur Mängelbeseitigung.[1159]

également celui-ci ou ceux-ci en justice à côté du bailleur." Vgl. auch LACHAT, Bail à loyer, S. 102; leicht abweichend WEBER ROGER, BSK OR, Art. 266a OR N 1b, nach welchem nur diejenigen Vertragsparteien ins Recht zu fassen sind, welche betreffend die Gültigkeit der Kündigung eine andere Auffassung vertreten als der Kläger; nur diesen gegenüber bestehe ein Feststellungsinteresse; a.M. MICHELI, S. 13; SCHMID HANS, S. 376 f., die ein gemeinsames Handeln fordern.

1154 BGE 142 III 278 E. 4.1 (übersetzt in MRA 2016, S. 156 ff.); 139 III 457 E. 5.2; 132 III 65 E. 3.2 S. 68 f.; Urteile des BGer 4A_383/2015 vom 7. Januar 2016 E. 4.2; 4C.135/2001 vom 4. September 2001 E. 1b; POLIVKA, SVIT-Kommentar, Art. 273 OR N 8 m.w.H.; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 6.

1155 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 270b OR N 4b.

1156 Vgl. BGE 136 III 431 E. 3, in: Pra 2011 Nr. 18, S. 123 ff.; ebenfalls offengelassen in den Urteilen des BGer 4A_599/2015 und 4A_603/2015 vom 15. Juni 2016 E. 2; BROQUET, S. 42 N 7.

1157 Vgl. etwa BLUMER, Rn. 460; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 213; JACQUEMOUD-ROSSARI, S. 104 f.; KOLLER THOMAS, Jusletter, Rz 7; DERSELBE, ZBJV 2016, S. 48; LACHAT, Bail à loyer, S. 103; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, S. 226 f.; WEBER ROGER, BSK OR, Vor Art. 253-273c OR N 2 und N 2a; BROQUET, S. 43 N 12; KOUMBARAKIS, S. 76; BISANG/KOUMBARAKIS, SVIT-Kommentar, Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren in Mietsachen, N 36.

1158 GIAVARINI, MRA 2015, S. 151; ablehnend wohl auch TERCIER/BIERI/CARRON, Rn. 2187, welche BGE 140 III 598 ff. im Zusammenhang mit der Anfechtung der Mietzinserhöhung erwähnen, jedoch keine sinngemässe Anwendung fordern; STRIK, Rn. 40 S. 18; offengelassen von SCHMID JÖRG, S. 35.

1159 LACHAT, Bail à loyer, S. 103.

Nach dem Bundesgericht gilt, dass die mit BGE 140 III 598 ff. begründete Praxis auch für Gestaltungsklagen nach dem zweiten Abschnitt des Mietrechts anwendbar ist, die den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen betreffen (Art. 269 ff. OR).[1160] Es handelt sich im Wesentlichen um die Anfechtung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen durch den Mieter (Art. 270b OR) und Mietzinsherabsetzungsklagen (Art. 270 und 270a OR).[1161] Zur Begründung führt das Bundesgericht an, dass der Sozialschutzgedanke nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur im Bereich des Kündigungsschutzes gelte, sondern gleichermassen auch beim Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen zum Tragen komme.[1162] Es lehnt damit namentlich die Auffassung von STRIK ab, der die Schutzbedürftigkeit im Rahmen von Mietzinsstreitigkeiten als geringer einstuft und sich damit gegen eine Ausdehnung der mit BGE 140 III 598 ff. begründeten Rechtsprechung ausspricht. Das Bundesgericht beschreibt den Fall, in dem ein Mitmieter eine Mietzinsherabsetzung infolge Reduktion des Referenzzinssatzes anstrebt und der andere sich dagegen ausspricht. Wohnt der andere Mieter nicht mehr im Mietobjekt, besteht das Risiko, dass ein gemeinsames Handeln nicht möglich ist. Noch schwieriger wird dies, wenn sich der Aufenthaltsort des anderen Mieters nicht ermitteln lässt oder er die Schweiz verlassen hat.[1163]

6. Stellungnahme

6.1. Materiellrechtliche Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

a Eine Ausnahme vom Grundsatz des gemeinsamen Handelns liegt nicht vor

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist aus materiellrechtlichen Gründen in mehrerer Hinsicht zu kritisieren.[1164] Bei der Einleitung des Kündigungsschutzverfahrens handelt es sich nicht um eine zulässige Ausnahme vom Grundsatz, wonach die notwendigen Streitgenossen gemeinsam klagen müssen.[1165] Zwar trifft es zu, dass es namentlich bei Gestaltungsklagen Fälle gibt, da sich die notwendige Streitgenossenschaft darauf beschränken kann, dass die Genossen auf der einen oder anderen Seite am Prozess teilnehmen.[1166] Diesen Fällen ist jedoch gemein, dass die beklagten Streitgenossen im Rahmen des Verfahrens jeweils eigene Rechte aus dem betreffenden gemeinsamen Rechts-

1160 BGE 146 III 346 E. 2.3.2.

1161 Vgl. BGE 146 III 346 E. 2.3.2.1; KOLLER THOMAS, ZBJV 2016, S. 47 f.

1162 BGE 146 III 346 E. 2.3.2.1.

1163 BGE 146 III 346 E. 2.3.2.2.

1164 Vgl. hierzu auch eingehend die Kritik von GIAVARINI, MRA 2015, S. 148 ff.

1165 Gl.M. GIAVARINI, MRA 2015, S. 148.

1166 BGE 140 III 598 E. 3.2.

verhältnis geltend machen. Als typischer Fall ist die Auflösung eines Gesamthandverhältnisses zu nennen (z.B. Erbteilungsklage oder Klage auf Auflösung der einfachen Gesellschaft oder der Kollektivgesellschaft). In diesen Verfahren sind sämtliche am Rechtsverhältnis beteiligte Gesamthänder auf der Kläger- oder der Beklagtenseite in den Prozess einzubeziehen.[1167] Die beklagten Streitgenossen machen eigene Rechte geltend, indem sie etwa bestreiten, dass ein Auflösungsgrund der einfachen Gesellschaft vorliegt, oder im Rahmen der Erbteilungsklage eigene Anträge stellen.

Kein solcher Ausnahmefall liegt demgegenüber vor, wenn die an diesem Rechtsverhältnis beteiligten Parteien (Innenverhältnis) eine Gestaltungsklage gegenüber einem Dritten aus einem zweiseitigen Schuldvertrag (Aussenverhältnis) anstreben (z.B. Miet- oder Kaufvertrag). Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Meinung von GIAVARINI zu folgen, wonach die vom Bundesgericht angeführte Ausnahme nicht ohne Weiteres auf Gestaltungs(klage)rechte ausgedehnt werden kann, die das Aussenverhältnis mit einem Dritten betreffen.[1168] In diesen Fällen kann sich die Gestaltungsklage aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses nur gegen die vertragliche Gegenpartei richten. So richtet sich beispielsweise die Wandelungsklage im Kaufvertragsrecht – sofern sie als Gestaltungsklage aufgefasst wird – gegen den Verkäufer und ist von mehreren Käufern gemeinsam anzustrengen.[1169] Gleiches hat für die Anfechtungsklage im Mietrecht zu gelten, denn kündigt der Vermieter, so ist nur dieser im Rahmen des Anfechtungsverfahrens berechtigt, seine Kündigung gegenüber den Adressaten zu verteidigen. Mieter sind dazu aus dem streitgegenständlichen Rechtsverhältnis, d.h. dem Mietvertrag, nicht legitimiert, weshalb ihnen die Passivlegitimation im Rahmen des Anfechtungsverfahrens von vornherein fehlt. Das Innenverhältnis, das entweder in einer Erbengemeinschaft oder einer einfachen Gesellschaft besteht, und die zwischen den Gesellschaftern in diesem Zusammenhang bestehenden Rechte und Pflichten sind nicht Gegenstand des Kündigungsschutzverfahrens. Im Ergebnis müssten die Mitmieter im Prozess für die Wirksamkeit einer Kündigung plädieren, die sie selbst nicht ausgesprochen oder begründet haben.

b *Der Sozialschutz dient als Leitgedanke, aber nicht als Rechtsgrundlage*

Ein Einzelanfechtungsrecht wäre in der Form einer Prozessstandschaft denkbar, wofür jedoch eine Rechtsgrundlage geschaffen werden müsste, wie sie etwa bei der Anfechtung der Kündigung durch einen nichtmietenden Ehe-

---

1167 BGE 130 III 550 E. 2.1.1; RUGGLE, BSK ZPO, Art. 70 ZPO N 11.

1168 GIAVARINI, MRA 2015, S. 148.

1169 Vgl. RUGGLE, BSK ZPO, Art. 70 OR N 14; VON HOLZEN, S. 123; zu den unterschiedlichen Meinungen zur Rechtsnatur der Klage: MARKUS, BK ZPO, Art. 87 ZPO N 15.

gatten besteht (Art. 273a OR). Zwar prägen Sozialschutzgedanken das Mietrecht, der Sozialschutz – als blosser Leitgedanken – stellt für sich allein jedoch keine ausreichende Rechtsgrundlage dar.[1170]

Die Anführung des Sozialschutzgedankens überzeugt auch inhaltlich nicht. In BGE 140 III 598 ff. mag der Schutz des in der Wohnung lebenden Mieters berechtigt gewesen sein, da dieser ohne das Einzelrecht zur Anfechtung keine Möglichkeit gehabt hätte, die Gültigkeit der Kündigung gerichtlich überprüfen zu lassen. Handelt es sich demgegenüber bei der Mieterschaft um eine aus mehreren Personen bestehende Wohngemeinschaft, so kann das Einzelanfechtungsrecht zu stossenden Ergebnissen führen. So könnte etwa ein Mieter einer aus fünf Personen bestehenden Wohngemeinschaft die Kündigung anfechten, auch wenn die anderen vier in der Wohnung lebenden Mitmieter damit einverstanden sind. Ist diese Person gleichsam mittellos, wäre der Vermieter bei einer erfolgreichen Kündigungsanfechtung oder einer Erstreckung im Aussenverhältnis weiterhin berechtigt, die Miete von sämtlichen Mitmietern zu verlangen. Die ausziehenden Mieter, die je nach Umständen erneut mieten, sind somit einem erheblichen finanziellen Risiko ausgesetzt, das mit dem Schutz des anfechtenden Mieters nicht überzeugend begründet werden kann und stossend wäre. Mit anderen Worten besteht die Gefahr einer Einzelfallgerechtigkeit, die der Rechtssicherheit schadet.

c Das Einzelanfechtungsrecht hebt das Gesamthandprinzip aus den Angeln

Mit der bundesgerichtlichen Ausnahme geht darüber hinaus eine Verletzung des Gesamthandprinzips einher. Die Frage, inwiefern ein einzelner Gesellschafter nach aussen für die Gemeinschaft handeln kann bzw. darf, richtet sich nach dem auf die Gemeinschaft anwendbaren Recht. Wie gesehen besteht zwischen mehreren Mietern eine einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), oder es handelt sich um Erben, die als Erbengemeinschaft mieten (Art. 602 ff. ZGB). Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft ergibt sich aus dem materiellen Recht.[1171] Im Fall eines Gesellschaftsverhältnisses ist eine Kündigungsanfechtung nicht von der ordentlichen Geschäftsführungsbefugnis umfasst und bedarf vorbehältlich einer Dringlichkeit und ohne anderslautende Vereinbarung der Einwilligung sämtlicher Gesellschafter (Art. 535 Abs. 3 OR).[1172] Mit anderen Worten kann ein einzelner Mieter die Gemeinschaft nicht ohne Zustimmung der anderen nach aussen vertreten. Klagt nur ein Gesellschafter

---

1170 Vgl. auch GIAVARINI, MRA 2015, S. 148 in fine.

1171 Siehe vorne, S. 209.

1172 Vgl. zur Prozessführung: Urteil des BGer 5A_137/2010 vom 21. Mai 2010 E. 5.3; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 535 OR N 87.

für die Gemeinschaft, so hat er eine Vollmacht beizubringen, die ausdrückt, dass die Klage dem Willen der Gemeinschaft entspricht.[1173] Wird ein Anfechtungsrecht des einzelnen Mitmieters im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bejaht, wird das Gesamthandprinzip aus den Angeln gehoben.[1174] Im Ergebnis bejaht das Bundesgericht das Recht eines Gesamthänders, in eigenem Namen, aber mit Wirkung und zulasten der anderen Gesamthänder zu handeln, ohne dass ihm eine Klagebefugnis eingeräumt worden wäre.

Ein solches Recht zur alleinigen Anfechtung ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der Bestimmung von Art. 535 Abs. 3 OR, wonach ein Gesellschafter aussergewöhnliche Rechtshandlungen vornehmen kann, wenn Gefahr im Verzug ist. Da es sich bei der 30-tägigen Anfechtungsfrist um eine Verwirkungsfrist handelt, könnte zwar eine Dringlichkeit bejaht werden, diese Bestimmung berechtigt jedoch nur zur Handlung für die Gemeinschaft und somit zur Einleitung eines gemeinsamen Kündigungsschutzverfahrens. Zudem ist das Vertretungsrecht nur vorläufiger Natur, weshalb die Vollmachten der übrigen Gesellschaften nach Wegfall der Dringlichkeit beizubringen sind.[1175]

6.2. Beschränkung des Einzelanfechtungsrechts auf Fälle des Sozialschutzes

Das Bundesgericht lässt in BGE 140 III 598 ff. offen, ob im Sinne einer allgemeinen Regel jeder Mitmieter zur einzelnen Anfechtung berechtigt ist, oder ob das Anfechtungsrecht einzelfallabhängig unter Berücksichtigung des Sozialschutzgedankens gerechtfertigt sein muss. Auch aus späteren Entscheiden geht nicht klar hervor, ob das Anfechtungsrecht jedem Mitmieter zukommt, oder ob es im Einzelfall aufgrund des Sozialschutzes gerechtfertigt sein muss.[1176] Wird ein Einzelanfechtungsrecht gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bejaht, ist es nach der hier vertretenen Auffassung immerhin zu beschränken: Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Einzelanfechtungsrecht vor dem Hintergrund des sozialen Schutzgedankens einschränkend nur für Mieter zu bejahen, die an der betreffenden Klage ein schutzwürdiges Inter-

1173 Vgl. Urteil des BGer 4C.236/2003 vom 30. Januar 2004 E. 3.3.

1174 Hierzu auch GIAVARINI, MRA 2015, S. 148

1175 Vgl. dazu näher hinten, S. 233 f.

1176 In BGE 145 III 281 E. 3.4.2 scheint das Bundesgericht eine allgemeine Anwendung der Praxis zu befürworten: «Es ist somit bei gemeinsamer Miete *jedem Mieter* möglich, eine Kündigung anzufechten, selbst wenn sich der oder die Mitmieter der Kündigung nicht widersetzen wollen. Er hat diesfalls einfach die Mitmieter auf der Passivseite ins Verfahren einzubeziehen.» (Hervorhebung hinzugefügt). Demgegenüber betont das Bundesgericht im jüngsten Urteil BGE 146 III 346 E. 2.2, dass das Anfechtungsrecht (nur) zum Schutz desjenigen Mieters besteht, welcher im Mietobjekt wohnt: «Concrètement, l'objectif est d'éviter que l'un des colocataires ne perde son logement parce que l'autre ne souhaite pas agir en justice.»

esse haben (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), namentlich weil sie das Mietobjekt selbst benützen und im Objekt verbleiben wollen.[1177] Ansonsten wäre auch ein bereits ausgezogener Mieter allein berechtigt, sich entgegen dem Willen des im Mietobjekt lebenden – und die Kündigung akzeptierenden – Mieters gegen die vom Vermieter ausgesprochene Kündigung zu wehren. Zudem ergeben sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung prozessuale Probleme, welche nachfolgend im Einzelnen erörtert werden.[1178] Reichen demgegenüber neben dem «wohnenden» Mitmieter auch andere oder sämtliche Mitmieter das Kündigungsschutzbegehren ein, kann den «nicht wohnenden» Mitmietern das schutzwürdige Interesse an der Klage nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht abgesprochen werden.[1179]

6.3. Keine Ausdehnung auf andere Gestaltungsklagen

Nach der hier vertretenen Auffassung – und entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[1180] – ist eine Ausdehnung der mit BGE 140 III 598 ff. begründeten Praxis auf die Anfechtung von Mietzinserhöhungen oder andere Gestaltungsklagen abzulehnen. Zunächst sprechen die vorstehenden materiell- wie auch prozessrechtliche Überlegungen gegen eine Ausweitung dieser Praxis.[1181] Auch setzt sich das Bundesgericht nicht mit den kritischen Stimmen aus der Literatur auseinander. Es lässt sich allein vom Sozialschutzgedanken leiten. Unstreitig ist sowohl der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinse als auch der Kündigungsschutz vom Sozialschutzgedanken geprägt. Das Bundesgericht führte zum Sozialschutzgedanken noch in BGE 136 III 431, E. 3.3, aus: *„[…] le risque de perdre le logement de la famille n'existe pas en cas de litige sur le montant du loyer»*. Neben der sogleich erörterten materiell- und prozessrechtlichen Kritik an BGE 140 III 598 ff., die sinngemäss auch für die Anfechtung einer Mietzinserhöhung gilt und gegen eine Ausweitung spricht, verliert der betreffende Mieter bei einer unterlassenen Anfechtung nicht seine Wohnung, weshalb der Sozialschutzgedanke eine solche Praxis nach der hier vertretenen Auffassung – und entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – nicht zu rechtfertigen vermag.[1182]

1177 Ähnlich die Rechtsprechung zur Anfechtung einer Kündigung durch Miterben: Urteile des BGer 4A_689/2016 vom 28 August 2017 E. 4.1; 4A_347/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 3.1.

1178 Siehe dazu sogleich, S. 223 ff.

1179 Siehe dazu sinngemäss vorne, S. 215 f.

1180 BGE 146 III 346 E. 2.3.2.

1181 Siehe vorne, S. 218 ff.

1182 So auch GIAVARINI, MRA 2015, S. 151; ähnlich STRIK, Rn. 40 S. 18; kritisch auch ROHRER, MRA 2019, S. 189.

II. Prozessuale Besonderheiten des Einzelanfechtungsrechts und Lösungsvorschläge

1. Ausgangslage

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der anfechtende Mieter neben dem Vermieter diejenigen Mieter auf der Passivseite in den Prozess einzubeziehen, die sich nicht gegen die Kündigung zur Wehr setzen wollen. Anders als bei Konstellationen, bei denen die beklagten Streitgenossen im Rahmen von Gestaltungsklagen eigene Rechte geltend machen (z.B. eigene Anträge bei einer Erbteilungsklage),[1183] kommt den eingeklagten Mietern im Anfechtungsverfahren die Rolle zu, die von einem anderen, nämlich dem Vermieter, ausgesprochene Kündigung zu verteidigen. Dies führt in prozessualer Hinsicht zu offenen Fragen und Unklarheiten (z.B. sind die eingeklagten Mitmieter berechtigt, einen Vergleichsvorschlag abzulehnen, wenn der Vermieter und der klagende Mitmieter diesem zustimmen).[1184] Praktische Probleme ergeben sich vor allem dann, wenn die beklagten Mitmieter am Verfahren teilnehmen und keine Unterziehungs- oder Abstandserklärung abgeben. Ausgehend davon, dass das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung festhält, werden nachfolgend einzelne prozessuale Besonderheiten der Anfechtung durch einen Mitmieter erörtert und Lösungsvorschläge präsentiert.

Falls die auf der Beklagtenseite einbezogenen Mieter kein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, stellt sich die prozessuale Frage, ob – und gegebenenfalls wie – sie vom Kündigungsschutzverfahren Abstand nehmen können.

2. Die antizipierte Abstandnahme des nicht anfechtenden Mieters vom Prozess

2.1. Allgemeines und Fallgruppen

Es müssen sich grundsätzlich sämtliche notwendigen Streitgenossen am Verfahren beteiligen. Im Gegensatz zum anfechtenden Mieter haben die übrigen Mieter häufig kein Interesse daran, am Prozess teilzunehmen. Diesem Desinteresse wird in der Lehre und Rechtsprechung, die sich hauptsächlich im Zusammenhang mit Erbteilungsprozessen herausgebildet hat, dadurch Rechnung getragen, dass sich notwendige Streitgenossen dem Ausgang des Prozesses unterziehen oder die Klage sofort anerkennen können.[1185] Im Einzelnen ist die

1183 Siehe vorne, S. 218 f.

1184 GIAVARINI, MRA 2015, S. 150 f.; hierzu auch ROHRER, MRA 2019, S. 189.

1185 Zum Ganzen: BGE 136 III 123 E. 4.4.1 (übersetzt in: Pra 2010 Nr. 111, S. 758 ff.); vgl. auch Urteil des BGer 5A_134/2013 vom 23 Mai 2013 E. 5.1.1; BGE 113 II 37 E. 3; BGE 112 II 308 E. 2; BGE 86 II 451 E. 3; Beschluss und Urteil des Obergerichts Zürich PF150040 vom 16. Oktober 2015 E. 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N 45; BORLA GEIER, DIKE-Kommentar, Art. 70 ZPO N 34.

prozessuale Umsetzung der antizipierten Abstandserklärung jedoch nicht abschliessend geklärt.[1186]

Zu unterscheiden sind im Rahmen der vorliegenden Arbeit vier Fälle:

1. Die Abstandserklärung wird vor Einleitung des Kündigungsschutzverfahrens abgegeben, und der betreffende Mitmieter wird *nicht* eingeklagt.
2. Die Abstandserklärung wird vor Einleitung des Kündigungsschutzverfahrens abgegeben, und der betreffende Mitmieter wird eingeklagt.
3. Der Mitmieter wird *nicht* eingeklagt und gibt eine nachträgliche Abstandserklärung ab.
4. Der Mitmieter wird eingeklagt und gibt eine nachträgliche Abstandserklärung ab.

Umstritten ist zunächst, ob ein zum Voraus den Abstand erklärender Streitgenosse als Partei eingeklagt werden muss, damit die Sachlegitimation bejaht werden kann, oder ob sich die Klage nur gegen die teilnehmenden Genossen richten kann. Bei Erbteilungsprozessen erachtet es das Bundesgericht und die herrschende Lehre als nicht erforderlich, dass der den Prozessabstand erklärende Streitgenosse als Partei am Verfahren teilnimmt.[1187] Der nicht eingeklagte Streitgenosse kann diese Erklärung auch nach Einleitung des Verfahrens abgeben.[1188] Wird diese Rechtsprechung im mietrechtlichen Kündigungsschutzverfahren angewendet, so kann der anfechtende Mieter sein Schlichtungsgesuch bei Vorliegen einer – vorgängigen oder nachträglichen – förmlichen Abstandserklärung lediglich gegen den Vermieter richten (Fälle 1 und 3).[1189] Orientiert man sich an der Praxis zu Erbteilungsprozessen, so ist es nach der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als zulässig zu erachten, einen Mitmieter nicht einzuklagen, der bereits vorgängig oder nachträglich den Abstand vom Prozess erklärt.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Anwendung dieser aus dem Erbrecht stammenden Rechtsprechung für das mietrechtliche Kündigungsschutzverfahren jedoch abzulehnen. Der zum Voraus den Abstand erklärende

1186 Vgl. eingehend zur antizipierten Abstandserklärung: MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 120 ff.

1187 BGE 136 III 123 E. 4.4.1 (übersetzt in: Pra 2010 Nr. 111, S. 758 ff.); vgl. auch Urteil des BGer 5A_134/2013 vom 23 Mai 2013 E. 5.1.1; BGE 116 Ib 447 E. 2a; 86 II 451 E. 3; VON HOLZEN, S. 152; WEIBEL, PraxKomm, Art. 604 ZGB N 13; BRÜCKNER/WEIBEL, Rn. 209b, welche jedoch vorsichtigerweise empfehlen, die mit der Klage einverstandenen Miterben ebenfalls ins Verfahren miteinzubeziehen, damit diese ihre Erklärung gegenüber dem Gericht abgeben können und so die Bindungswirkung des Urteils klar ist; a.M. WOLF, BK, Art. 604 ZGB N 50; MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 123.

1188 Die Erklärung muss rechtzeitig in den Prozess eingebracht werden: vgl. dazu BGE 136 III 123 E. 4.4.1 (übersetzt in: Pra 2010 Nr. 111, S. 758 ff.).

1189 So auch WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 2a.

Streitgenosse ist ebenfalls einzuklagen und in der Klage als Partei zu bezeichnen (vgl. Fall 2).[1190] Gleichsam führt auch eine nachträgliche Abstandserklärung nicht zu einer Reduktion der Streitgenossen, sondern bedeutet – wie nachfolgend erläutert – im Rahmen des Verfahrens lediglich einen Verzicht auf den Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (Fall 4).[1191] Dies ergibt sich bereits aus der Inter-partes-Wirkung des Gestaltungsurteils, das für alle – und nicht nur für gewisse – Betroffene Gültigkeit haben muss (z.B. für den Vermieter und einen der Mitmieter).[1192] Folglich wäre eine Klage bei einem fehlenden Einbezug eines Mitmieters mangels Aktivlegitimation abzuweisen.[1193] Somit sind bereits im Schlichtungsgesuch sämtliche Gegenparteien zu bezeichnen (vgl. Art. 202 Abs. 2 ZPO). Da die Parteibezeichnung im Rubrum die Grundlage für die Bezeichnung der Parteien im Endentscheid bildet, sind auch diejenigen Mitmieter im Rubrum nach Art. 238 lit. c ZPO aufzunehmen, die erklärt haben, sich dem Entscheid zu unterziehen.[1194] Aufgrund der Inter-partes-Wirkung des Endentscheids ist die Aufnahme im Rubrum nach der hier vertretenen Auffassung – namentlich im Lichte des anschliessenden Vollzugs – geboten.[1195]

2.2. Form der Abstandserklärung

Verlangt ist nach der Rechtsprechung eine förmliche Erklärung, weshalb eine formlose Verzichtserklärung nicht genügt.[1196] Nach einem Teil der Lehre genügt es namentlich, wenn die Abstandserklärung dem Kläger in Schriftform abgegeben wird, sei es vor oder während dem Verfahren, und er diese einreicht.[1197] Nach einer strengeren Auffassung hat die Erklärung erst nach der Klageeinleitung an die Schlichtungsbehörde oder das Gericht zu erfolgen, mit der Begründung, dass ein Vorausverzicht auf den Anspruch des rechtlichen

1190 So auch MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 123 für den Erbteilungsprozess.

1191 Vgl. MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 129.

1192 BGE 140 III 598 E. 3.2.

1193 Vgl. BGE 140 III 598 E. 3.2.

1194 Vgl. MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 126, der jedoch auf den Entscheid des BGer 5C.197/2000 vom 21. Dezember 2000 E. 1 verweist, wonach das Bundesgericht anmerkte, dass auf die Nennung derjenigen notwendigen Streitgenossen verzichtet werden kann, welche die Klage von vornherein anerkennen.

1195 So auch MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 126 f.

1196 Eine förmliche Erklärung für mietrechtliche Streitigkeiten setzt auch DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 209 voraus; siehe zu diesem Erfordernis auch BGE 136 III 123 E. 4.4.3 (übersetzt in: Pra 2010 Nr. 111, S. 758 ff.); a.M. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 2a; KOLLER THOMAS, Jusletter, Rz. 5, welche geltend machen, eine Unterziehungs- oder Abstandserklärung könne sich auch formlos aus den Umständen ergeben.

1197 Vgl. etwa BRÜCKNER/WEIBEL, N 209b; STRAZZER, S. 117; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 356 in Fn. 19; gemäss WOLF/EGGEL, BK, Art. 604 ZGB N 50 zu Art. 604 ZGB, ist es demgegenüber fraglich, «ob bereits eine gegenüber dem die Klage beabsichtigenden Miterben abgegebene Erklärung in Schriftform ausreicht».

Gehörs unzulässig ist.[1198] Nach der hier vertretenen Ansicht sind an die Art und Weise der förmlichen Einführung in das Verfahren – jedenfalls beim Kündigungsschutzverfahren – keine besonderen Anforderungen zu stellen. Zwar enthält die Erklärung einen impliziten Verzicht auf die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs; in erster Linie geht es bei der Erklärung jedoch um den (unbekannten) Ausgang des Verfahrens, dem sich die betreffende Person unterziehen will. Dieser Ausgang ist weder vor noch nach Einleitung der Klage bekannt, weshalb eine (nochmalige) Erklärung nach Einleitung des Verfahrens nicht erforderlich erscheint. Aus der betreffenden Erklärung hat jedoch klar hervorzugehen, dass die betreffende Person das Ergebnis des Kündigungsschutzverfahrens gegen sich gelten lassen will.[1199]

2.3. Wirkung der Abstandserklärung im Prozess

Werden sämtliche Mitmieter eingeklagt, und erklären sie im Voraus oder erst nachträglich, sich dem Urteil unterziehen zu wollen oder die Klage anzuerkennen (Fälle 2 und 4), ist umstritten, welche verfahrensrechtliche Wirkung diese Erklärung hat. Nach zutreffender Auffassung führt die Abstandserklärung während der Rechtshängigkeit des Verfahrens nicht zu einer teilweisen Abschreibung des Verfahrens infolge Anerkennung, sondern sie ist als blosser Verzicht der betreffenden Partei auf den Anspruch auf rechtliches Gehör sowie – soweit zulässig – auf die Ergreifung von Rechtsmitteln zu werten.[1200] Mithin handelt es sich bei dieser Erklärung nicht um eine Klageanerkennung i.S.v. Art. 241 ZPO, da eine solche im Fall einer notwendigen Streitgenossenschaft nur gemeinsam abgegeben werden kann,[1201] also namentlich die Anerkennung des Vermieters voraussetzt.

3. Prozessuale Unklarheiten beim Schlichtungsverfahren und vor Gericht

Das Begehren um Kündigungsschutz ist bei der Schlichtungsbehörde einzureichen (vgl. Art. 273 Abs. 1 OR). Ist der anfechtende Mieter verpflichtet, seine Mitmieter auf der Beklagtenseite in das Verfahren einzubeziehen, können sich insbesondere die nachfolgend beurteilten praktischen Probleme ergeben.

1198 MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 124 f.

1199 Vgl. BGE 113 II 140 E. 2.c; Urteil des BGer 5A_809/2011 vom 15. März 2012 E. 2.4.2.

1200 MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 129, welcher sich eingehend mit den Lehrmeinungen zur Zulässigkeit des Vorausverzichts auf Rechtsmittel auseinandersetzt; vgl. auch Urteil des BGer 5A_811/2014 vom 29. Januar 2015 E. 3.

1201 MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 122; vgl. auch VON HOLZEN, S. 148; GULDENER, S. 299; GROSS/ZUBER, BK ZPO, Art. 70 ZPO N 43; STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO-Kommentar, Art. 70 ZPO N 44; RUGGLE, BSK ZPO, Art. 70 ZPO N 29.

3.1. Zustellung der Vorladung bei unbekanntem Aufenthalt eines Beklagten

Eine praktische Schwierigkeit kann sich ergeben, wenn der Aufenthalt eines bereits ausgezogenen Mitmieters unbekannt ist.[1202] Gemäss Art. 202 Abs. 3 ZPO stellt die Schlichtungsbehörde der Gegenpartei das Schlichtungsgesuch unverzüglich zu und lädt gleichzeitig die Parteien zur Vermittlung vor. Die Zustellung und der Inhalt der Vorladung richten sich auch im Schlichtungsverfahren nach Art. 133 ff. ZPO.[1203] Die klagende Partei kann zwar einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn der Aufenthaltsort der beklagten Partei unbekannt ist (Art. 199 Abs. 2 lit. b ZPO), dies gilt aber nicht für den Fall, da bei einer notwendigen Streitgenossenschaft einer von mehreren Beklagten unbekannten Aufenthalts ist.[1204] Im Fall des unbekannten Aufenthalts eines eingeklagten Beklagten sind die Urkunden gemäss Art. 202 Abs. 3 ZPO vielmehr mittels öffentlicher Bekanntmachung zuzustellen (vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO),[1205] was zu erheblichen Verfahrensverzögerungen führt.[1206]

3.2. Säumnis eines Beklagten

Gemäss Art. 203 Abs. 1 ZPO hat eine Schlichtungsverhandlung stattzufinden. Bei Säumnis der beklagten Partei verfährt die Schlichtungsbehörde, wie wenn keine Einigung zustande gekommen wäre (Art. 206 Abs. 2 ZPO). Werden mehrere Personen als notwendige Streitgenossen eingeklagt, ist diese Säumnisfolge anwendbar, auch wenn nur einer von ihnen säumig ist. Art. 70 Abs. 2 ZPO, wonach rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen auch für säumige Streitgenossen wirken, gilt betreffend das Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung nicht, weshalb die Säumnisfolgen von Art. 206 Abs. 2 ZPO eintreten.[1207] Dies ist sachgerecht, da eine Einigung aufgrund des materiellen Rechts nur mit Wirkung für alle erfolgen kann. Folglich ist bei Säumnis eines Streitgenossen namentlich ein Vergleich und eine Klageanerkennung ausgeschlossen.[1208] Pragmatisch, aber aufgrund der erforderlichen Förmlichkeit nicht zu befürworten, ist die Auffassung von KOLLER THOMAS, der im Fernbleiben von der Verhandlung eine (konkludente) antizipierte Abstandserklärung erblickt, wo-

1202 Vgl. KOLLER THOMAS, Jusletter, Rz. 5.

1203 GLOOR/UMBRICHT, Kurzkommentar, Art. 202 ZPO N 15; SCHRANK, Rn. 412.

1204 Vgl. dazu SCHRANK, Rn. 156.

1205 SCHRANK, Rn. 155 in Fn. 574.

1206 So zu verstehen wohl auch KOLLER THOMAS, Jusletter, Rz. 5, der von möglichen Verfahrensverzögerungen spricht, ohne auf die Gründe einzugehen.

1207 SCHRANK, Rn. 418; SUTTER-SOMM, Rn. 960; STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO-Kommentar, Art. 70 N 48; GROSS/ZUBER, BK ZPO, Art. 70 ZPO N 40; JACQUEMOUD-ROSSARI, S. 89.

1208 SUTTER-SOMM, Rn. 960; SCHRANK, Rn. 470.

durch sich die anderen Parteien – unter Ausschluss des Fernbleibenden – auf einen Vergleich einigen könnten.[1209] Wie erwähnt ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine förmliche Erklärung verlangt, weshalb eine konkludente Verzichtserklärung nicht genügt.[1210]

3.3. Zustimmung zum Vergleich und Klageanerkennung durch die Beklagten

Sowohl vor der Schlichtungsbehörde als auch vor Gericht kann das Kündigungsschutzverfahren insbesondere zufolge Vergleichs oder Anerkennung der Klage beendet werden (vgl. Art. 208 und Art. 241 ZPO). Im Fall einer notwendigen Streitgenossenschaft hat die Zustimmung zum Vergleich und auch die Klageanerkennung durch sämtliche Streitgenossen zu erfolgen,[1211] setzt also auf Beklagtenseite neben dem Einverständnis des Vermieters auch jenes der eingeklagten Mitmieter voraus. Sofern die Mitmieter zum Voraus erklären, dass sie sich dem Ausgang des Prozesses unterziehen, oder – sofern das Verfahren bereits eingeleitet wurde – die Klage sofort anerkennen, reicht – konsequenterweise – bereits die Zustimmung des Vermieters zum Abschluss des Vergleichs mit dem klagenden Mieter.

Problematisch scheint die Konstellation, wenn die eingeklagten Vermieter und Mitmieter bei einem Vergleichsvorschlag uneinig sind. Es stellt sich die Frage, ob die beklagten Mitmieter etwa berechtigt sind, einen Vergleichsvorschlag abzulehnen, wenn der Vermieter und der klagende Mitmieter diesem zustimmen.[1212] Vorbehältlich einer rechtsmissbräuchlichen Verweigerung (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 52 ZPO) folgt aus der Rechtsnatur der notwendigen Streitgenossenschaft, dass der Abschluss eines Vergleichs die Zustimmung sämtlicher Streitgenossen erfordert. Sind die Interessen der beklagten Mitmieter tangiert, weil etwa die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit einer Fortsetzung der solidarischen Haftbarkeit einhergeht, so ist die Ablehnung eines Vergleichsvorschlags nicht missbräuchlich und ein Vergleich kommt nicht zustande. Demgegenüber wäre die Ablehnung eines Vergleichs aufgrund eines offensichtlichen Missverhältnisses der Interessen[1213] nach der hier vertretenen Auffassung missbräuchlich – und unbeachtlich –, wenn der Vergleich etwa die Aufhebung der Kündigung und die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem

1209 KOLLER THOMAS, Jusletter, Rz. 5.

1210 Siehe dazu vorne, S. 225 f.

1211 MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 122; vgl. auch VON HOLZEN, S. 148; GULDENER, S. 299; GROSS/ZUBER, BK ZPO, Art. 70 ZPO N 43; STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO-Kommentar, Art. 70 ZPO N 44; RUGGLE, BSK ZPO, Art. 70 ZPO N 29.

1212 GIAVARINI, MRA 2015, S. 150.

1213 Vgl. zu dieser Fallgruppe der Rechtsmissbräuchlichkeit: HONSELL, BSK ZGB, Art. 2 ZGB N 22.

klagenden Mieter vorsieht und die übrigen Mieter, die an einer Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht interessiert sind, aus dem Mietverhältnis entlassen werden. Ein solcher Vergleich zwischen dem anfechtenden Mieter und dem Vermieter käme nach der hier vertretenen Auffassung folglich auch zustande, wenn die übrigen Mieter die Zustimmung (in missbräuchlicher Weise) verweigern würden.

3.4. Ablehnung eines Urteilsvorschlags durch die Beklagten und Klagebewilligung

Kommt keine Einigung i.S.v. Art. 208 ZPO zustande, kann die Schlichtungsbehörde den Parteien bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen betreffend Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Mietverhältnisses einen Urteilsvorschlag unterbreiten (vgl. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO). Dieser gilt als angenommen und hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids, wenn ihn keine Partei innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung ablehnt (Art. 211 Abs. 1 ZPO). Nach Eingang der Ablehnung stellt die Schlichtungsbehörde bei den genannten Fällen des Kündigungsschutzes oder der Erstreckung die Klagebewilligung der ablehnenden Partei zu (Art. 211 Abs. 2 lit. b ZPO). Lehnen die Beklagten einen Vergleichsvorschlag ab, so ist ihnen die Klagebewilligung zuzustellen. Es stellt sich die Frage, wer in diesem Fall gegen wen klagen muss und was passiert, wenn die Klage nur vom Vermieter eingereicht wird.[1214] Diesbezüglich ist auf den möglichen Interessengegensatz auf beklagtischer Seite hinzuweisen, der zwischen dem Vermieter und den desinteressierten und selber nicht anfechtenden Mietparteien vorliegen könnte.[1215] Würde die Klagebewilligung in diesem Fall allen Beklagten zugestellt, bestünde das Risiko, dass der Vermieter seine Legitimation verliert, wenn die ebenfalls eingeklagten Mitmieter nicht auch klagen. Um dieses Problem zu lösen, ist die Klagebewilligung richtigerweise nur dem ablehnenden Vermieter auszustellen. Da die Gestaltungsklage nicht zu einem Entscheid führen darf, der nur für gewisse Betroffene Gültigkeit hat, hat der Vermieter nach der hier vertretenen Auffassung sämtliche am Verfahren teilnehmende Mieter im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens auf der Beklagtenseite einzubeziehen.[1216]

Wird die Klagebewilligung mangels Einigung gemäss Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO dem klagenden Mieter ausgestellt, so hat er im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens wiederum sämtliche Mitmieter neben dem Vermieter in das Verfahren einzubeziehen.

1214 GIAVARINI, MRA 2015, S. 150.

1215 ROHRER, MRA 2019, S. 189.

1216 Offengelassen von GIAVARINI, MRA 2015, S. 150 und ROHRER, MRA 2019, S. 189.

3.5. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Gerichtsverfahren

Eine weitere Schwierigkeit bildet die Verteilung der Prozesskosten in Fällen, da die übrigen Mitmieter als notwendige Streitgenossen eingeklagt sind. Es kann etwa fraglich sein, ob das Gericht einem Mitmieter, der den Abstand vom Verfahren erklärt, im Fall des Obsiegens der klagenden Partei Kosten und Entschädigungsfolgen auferlegen kann.[1217] Obsiegt der klagende Mieter vollständig, so sind die Prozesskosten gemäss der Regel von Art. 106 Abs. 1 ZPO den unterliegenden Beklagten aufzuerlegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Erklärt ein eingeklagter Mitmieter während der Rechtshängigkeit des Verfahrens, dass er sich dem Urteil unterziehe oder die Klage anerkenne, so hat dies, nach der hier vertretenen Auffassung, zwar Einfluss auf das rechtliche Gehör des Betroffenen, bedeutet aber nicht ein Unterliegen i.S.v. Art. 106 Abs. 1 ZPO.[1218] Dieses bestimmt sich vielmehr danach, ob die klagende Partei mit ihrem Rechtsbegehren durchgedrungen ist oder nicht.[1219] Da die Abstandserklärung eines am Prozess teilnehmenden Mieters nicht den Verlust der Parteistellung zur Folge hat, muss er grundsätzlich mit der Tragung von Prozesskosten rechnen.[1220] Der unterschiedlichen Art und Weise der Beteiligung mehrerer Personen als Hauptparteien am Verfahren kann gestützt auf Art. 106 Abs. 3 ZPO Rechnung getragen werden.[1221] Danach bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen. Das Gericht bestimmt die von verschiedenen Personen zu tragenden Prozesskosten nach Ermessen.[1222] Obsiegt der klagende Mieter, ist etwa relevant, ob die neben dem Vermieter eingeklagten Mitmieter eine Abstandserklärung abgegeben haben, und falls ja, in welchem Zeitpunkt. Erfolgt diese Erklärung erst kurz vor Urteilseröffnung, hat der Mitmieter einen grösseren Anteil an den Prozesskosten zu tragen, als wenn er diese Erklärung bereits vor der Schlichtungsbehörde abgibt. Erklärt ein Mitmieter bereits im Schlichtungsverfahren, dass er sich dem Entscheid unterziehe oder die Klage anerkenne, so hat er nach der hier vertretenen Auffassung keine Prozesskosten zu tragen, da das Schlichtungsverfahren

1217 Vgl. ROHRER, MRA 2019, S. 189.

1218 Vgl. auch MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 128.

1219 RÜEGG/RÜEGG, BSK ZPO, Art. 106 ZPO N 3.

1220 Vgl. MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 128.

1221 Vgl. MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 128, der sich im Zusammenhang mit der Erbteilungsklage – als wechselseitige Klage – auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO stützt.

1222 RÜEGG/RÜEGG, BSK ZPO, Art. 106 ZPO N 9.

kostenlos ist und der Mitmieter während der Dauer des Gerichtsverfahrens in der Regel keine zusätzlichen Kosten verursacht.[1223]

3.6. Ergreifen von Rechtsmitteln

Wie bei der Klageeinleitung ist die Einlegung eines Rechtsmittels bei Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft nur wirksam, wenn es von den Streitgenossen gemeinsam ergriffen wird.[1224] Gemäss Art. 70 Abs. 2 ZPO werden die Streitgenossen in Bezug auf das Ergreifen von Rechtsmitteln nicht vom Handelnden vertreten. Ist ein Streitgenosse säumig, ist es nach mehreren Stimmen in der Lehre zulässig und sachgerecht, dem betreffenden Streitgenossen eine kurze Nachfrist anzusetzen, um sich dem Rechtsmittel anzuschliessen.[1225]

Unterliegt der klagende Mieter, ist gestützt auf die Rechtsprechung in BGE 140 III 598 ff. zu verlangen, dass der Mieter das Rechtsmittel gegen sämtliche Gegenparteien richtet. Geschieht dies nicht, ist es in Anlehnung an die erwähnten Lehrmeinungen zulässig, dem betreffenden Mieter eine kurze Nachfrist anzusetzen, um sein Begehren zu korrigieren. Da die Parteibezeichnung im Rubrum die Grundlage für die Bezeichnung der Parteien im Endentscheid bildet, sind auch diejenigen Mitmieter im Rubrum Art. 238 lit. c ZPO[1226] aufzunehmen, die erklärt haben, sich dem Entscheid zu unterziehen.[1227] Aufgrund der Inter-partes-Wirkung des Endentscheids ist die Aufnahme im Rubrum nach der hier vertretenen Auffassung – namentlich im Lichte des anschliessenden Vollzugs – geboten.[1228]

Anders ist der Fall zu beurteilen, in dem der Vermieter und die eingeklagten Mieter (ganz oder teilweise) unterliegen. Liegt keine Abstandserklärung dieser Mitmieter vor, und würden die Grundsätze der notwendigen Streitgenossenschaft ohne Einschränkung angewendet, wäre es dem Vermieter verwehrt, alleine ein Rechtsmittelverfahren einzuleiten. Die eingeklagten Mitmieter hätten es so in der Hand, ein Rechtsmittelverfahren gegen den Wunsch des

---

1223 Vgl. zum Ganzen auch MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 128, zur Kostenverteilung bei Erbteilungsklagen.

1224 Urteil des BGer 4A_361/2010 vom 2. Dezember 2010; RUGGLE, BSK ZPO, Art. 70 ZPO N 44.

1225 RUGGLE, BSK ZPO, Art. 70 ZPO N 44; VON HOLZEN, S. 169 f.; STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO Kommentar, Art. 70 N 51-52.

1226 Zur Anwendung dieser Bestimmung beim zweitinstanzlichen Entscheid: STAEHELIN, ZPO Kommentar, Art. 238 ZPO N 6 m.w.H.

1227 Vgl. MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 126, der jedoch auf das Urteil des BGer 5C.197/2000 vom 21. Dezember 2000 E. 1 verweist, worin das Bundesgericht anmerkte, dass auf die Nennung derjenigen notwendigen Streitgenossen verzichtet werden kann, welche die Klage von vornherein anerkennen.

1228 So auch MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 126 f.

Vermieters zu verhindern. Dies wäre stossend, da die Kündigung vom Vermieter ausgesprochen wurde und diesem aus dem Mietverhältnis das Recht zukommt, die Gültigkeit der Kündigung gerichtlich bestätigen zu lassen. Um dieses Recht auch im Rechtsmittelverfahren zu gewährleisten – und gleichsam den Anforderungen der notwendigen Streitgenossenschaft gerecht zu werden –, ist dem Vermieter nach der hier vertretenen Auffassung ein Recht auf Einzelanfechtung des erstinstanzlichen Entscheids zu gewähren, wobei er das Rechtsmittel nicht nur gegen den klagenden Mieter, sondern auch gegen den bisher an seiner Seite stehenden Mieter zu richten hat. Unterlässt er dies, ist ihm ebenfalls eine kurze Nachfrist zu setzen.

Im Fall einer Abstandserklärung des auf der Vermieterseite eingeklagten Mitmieters liegt ein Vorausverzicht auf die Ergreifung eines Rechtsmittels vor, weshalb dem Vermieter ein Individualrecht auf Einleitung eines Rechtsmittelverfahrens zuzusprechen ist. Da dem Rubrum aufgrund der Inter-partes-Wirkung des Entscheids eine wesentliche Bedeutung zukommt, ist der betreffende Mitmieter jedoch im Rubrum aufseiten des Vermieters aufzuführen. Da auch der den Abstand erklärende Mitmieter formell als Partei einbezogen wird, ist ihm namentlich der Endentscheid nach Abschluss des Verfahrens förmlich zuzustellen.[1229]

III. Vertretung

Von der fehlenden Aktivlegitimation ist der Fall zu unterscheiden, da der Mieter zwar alleine, aber im Namen aller Mitmieter vorgeht, es hierfür bei Einreichung des Schlichtungsbegehrens jedoch an einer Vollmacht fehlt. Es handelt sich bei der gehörigen Bevollmächtigung um eine Prozessvoraussetzung.[1230]

Das gemeinsame Schlichtungsgesuch kann durch eine bevollmächtigte Person gestützt auf ein Vertretungsverhältnis eingereicht werden. Es kann sich um einen Dritten handeln oder – bei mehreren Mietern – um einen einzelnen Mitmieter. So kann ein Mitmieter das Gesuch beispielsweise innert Frist im Namen der Gemeinschaft anhängig machen.[1231] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt es zur Wahrung der 30-tägigen Verwirkungsfrist,

1229 Vgl. MINNIG, Antizipierte Abstandserklärung, S. 127 f., der sich eingehend damit auseinandersetzt, welche prozessualen Schriftstücke der den Abstand erklärenden Partei während der Dauer des Verfahrens zuzustellen ist.

1230 Vgl. MEYER, S. 55; TENCHIO, BSK ZPO, Art. 68 ZPO N 14; HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Kommentar, Art. 68 ZPO N 12.

1231 BISANG/KOUMBARAKIS, SVIT-Kommentar, Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren in Mietsachen, N 34; GIAVARINI, MRA 2016, S. 34 in fine; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 209; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 123.

wenn ein einzelner Mitmieter die Kündigung im Namen aller Mieter fristgerecht anficht und die Vollmacht, die ihn zur Anfechtung berechtigt, nach Ablauf der Anfechtungsfrist einreicht.[1232]

Es sind Konstellationen möglich, in denen die anderen Mieter nicht in der Lage sind, das Schlichtungsbegehren gemeinsam mit dem anfechtenden Mieter einzureichen oder vorgängig eine Vollmacht zu erteilen (z.B. wegen Landesabwesenheit).[1233] Selbst wenn der einzelne Mieter das Schlichtungsbegehren im Sinne einer Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. Art. 419 ff. OR) für sämtliche Mitmieter einreicht, ist eine Anfechtung durch einen einzelnen Mitmieter gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Wahrung der Verwirkungsfrist zulässig, sofern er im Namen aller Mieter handelt und nicht in eigenem Namen und die Handlung des Mieters nachträglich von der Mieterschaft genehmigt wird.[1234] Zu beachten ist in diesem Fall, dass die Bestimmungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag nur das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem ohne Auftrag Handelnden regeln.[1235] Der anfechtende Mieter muss somit als direkter Stellvertreter auftreten.[1236] Handelt er demgegenüber in eigenem Namen, so liegt vorbehältlich des rechtsgenüglichen Einbezugs der anderen Mieter auf der Beklagtenseite i.S.v. BGE 140 III 598 ff. keine rechtsgenügliche Anfechtung vor.[1237]

Fraglich ist, bis wann die Genehmigung oder die Vollmacht der übrigen Mitmieter vorliegen muss. Die Antwort ergibt sich nicht aus dem materiellen Recht (vgl. Art. 38 OR), sondern aus den prozessrechtlichen Bestimmungen. Durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs im Namen sämtlicher Mieter wird das Anfechtungsverfahren anhängig gemacht (vgl. Art. 62 Abs. 1 ZPO). Mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs ist im Vertretungsfall eine Vollmacht einzureichen, was sich sowohl für die vertraglichen, nicht berufsmässigen wie auch für die berufsmässigen Parteivertreter aus Art. 68 Abs. 3 ZPO ergibt.[1238] Fehlt die Vollmacht, hat die Schlichtungsbehörde den Parteien eine Frist anzusetzen,

1232 Urteil des Bundesgerichts 4C.236/2003 vom 30. Januar 2004 E. 3.3 und E. 3.4 (übersetzt in: mp 2004, S. 60 ff.); POLIVKA, SVIT-Kommentar, Art. 273 OR N 11; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 2b.

1233 GIAVARINI, MRA 2016, S. 35.

1234 Urteil des Bundesgerichts 4A_351/2015 vom 5. August 2015 E. 6.2 (übersetzt in: MRA 2016, S. 24 ff.); vgl. auch WEBER ROGER, BSK OR, Art. 273 OR N 2a.

1235 Vgl. BGE 83 III 121 E. 3; SCHMID JÖRG, ZK, Art. 424 OR N 26; vgl. auch RUDOLPH, Handkommentar, Art. 419 OR N 13.

1236 Vgl. Urteil des BGer 4A_625/2017 vom 12 März 2018 E. 3.4; GIAVARINI, MRA 2016, S. 35

1237 GIAVARINI, MRA 2016, S. 35; MEYER, S. 55.

1238 Zur Geltung dieser Bestimmung für das Schlichtungsverfahren: TENCHIO, BSK ZPO, Art. 68 ZPO N 14; vgl. auch GIAVARINI, MRA 2016, S. 35.

um diesen Mangel zu beheben (vgl. Art. 132 Abs. 1 ZPO).[1239] Die Fristansetzung erfolgt mit der Androhung, dass das Gesuch im Unterlassungsfall als nicht erfolgt gelte.[1240] Es ist der Gegenpartei einstweilen nicht zuzustellen.[1241]

Wird der Mangel innert – gegebenenfalls erstreckter[1242] – Frist nicht beseitigt, so gilt das Gesuch als nicht gestellt, und dieses ist dem Gesuchsteller zu retournieren[1243] und begründet folglich keine Rechtshängigkeit. Aus diesem Grund ist das Anfechtungsrecht bei einer erneuten Einreichung nach Ablauf der 30-tägigen Anfechtungsfrist von Art. 273 OR verwirkt (vgl. Art. 64 Abs. 2 ZPO).[1244]

Setzt die Schlichtungsbehörde keine Frist zur Verbesserung an, sondern stellt das Gesuch der Gegenpartei zu (vgl. Art. 202 Abs. 3 ZPO) und lädt zur Verhandlung vor, so haben die Mieter grundsätzlich persönlich zu erscheinen (vgl. Art. 204 ZPO).[1245] Liegt weder ein hinreichender Vertretungsgrund i.S.v. Art. 204 Abs. 3 ZPO noch eine Vollmacht vor, so sind die Mieter – die eine notwendige Streitgenossenschaft darstellen – beim Nichterscheinen auch nur eines Mieters als säumig i.S.v. Art. 206 ZPO zu erachten,[1246] weshalb das Verfahren ohne Klagebewilligung abzuschreiben ist[1247] und die Kündigungsanfechtung mittels Schlichtungsgesuchs keine fristwahrende Wirkung entfaltet.[1248]

1239 Diese Bestimmung gilt auch für das Schlichtungsverfahren, auch wenn die Schlichtungsbehörde kein Gericht ist: SCHRANK, Rn. 368 m.w.H.; HONEGGER, ZPO Kommentar, Art. 202 ZPO N 6; ALVAREZ/PETER, BK ZPO, Art. 202 OR N 8; INFANGER, BSK ZPO, Art. 202 N 8; ZINGG, BK ZPO, Art. 60 ZPO N 31; vgl. auch Urteil des BGer 5A_758/2016 vom 14. Februar 2017 E. 3.3.

1240 SCHRANK, Rn. 369 m.w.H.; HONEGGER, ZPO Kommentar, Art. 202 ZPO N 6; INFANGER, BSK ZPO, Art. 202 N 8.

1241 SCHRANK, Rn. 369; STAEHELIN, ZPO Kommentar, Art. 132 ZPO N 4.

1242 Namentlich ist denkbar, dass es dem anfechtenden Gesellschafter aus stichhaltigen Gründen nicht möglich ist, die Vollmacht von sämtlichen Gesellschaftern einzuholen (vgl. Art. 144 ZPO); siehe dazu im Allgemeinen: Benn, BSK-ZPO, Art. 144 ZPO N 8.

1243 SCHRANK, Rn. 371 m.V. auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PA130004 vom 14. Februar 2013 E. 3, in: CAN 2013 Nr. 63, S. 160; STAEHELIN, ZPO Kommentar, Art. 132 ZPO N 4; FREI, BK ZPO, Art. 132 ZPO N 25.

1244 Vgl. SCHRANK, Rn. 371; vgl. auch KRAMER/ERK, DIKE-Kommentar, Art. 132 ZPO N 5; GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 132 ZPO N 36; FREI, BK ZPO, Art. 132 ZPO N 27; MÜLLER-CHEN, DIKE-Kommentar, Art. 62 ZPO N 35.

1245 Vgl. SCHNEIDER, HAP, Rz. 12.36, der jedoch darauf hinweist, dass etwa die Schlichtungsbehörde Luzern es zulässt, dass sich die notwendigen Streitgenossen von einem oder mehreren Genossen vertreten lassen, solange der oder die erscheinenden Streitgenossen zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt sind. Fehlt es an einer Vollmacht, treten die Säumnisfolgen ein (Art. 206 ZPO).

1246 SCHRANK, Rn. 470; SUTTER-SOMM, Rz. 960.

1247 Vgl. BGE 140 III 70 E. 5; vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 275 vom 26. August 2015 E. 1.1, in: CAN 2016, Nr. 34.

1248 GIAVARINI, MRA 2016, S. 25.

Eine Klagebewilligung, die trotz fehlenden persönlichen Erscheinens bzw. mangels hinreichender Vertretung i.S.v. Art. 204 Abs. 3 ZPO ausgestellt wird, ist ungültig. Auf eine eingereichte Klage, die auf eine ungültige Klagebewilligung gestützt ist, ist nicht einzutreten (vgl. Art. 59 und 60 ZPO).[1249]

3. Kapitel: Die Erstreckung des Mietverhältnisses mit mehreren Mietern

I. Übersicht

Gemäss Art. 272 Abs. 1 OR kann der Mieter die Erstreckung eines befristeten oder unbefristeten Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre.

Das Gericht hat eine Interessenabwägung vorzunehmen und namentlich den Zweck der Erstreckung zu berücksichtigen, der insbesondere darin besteht, dem Mieter Zeit zur Suche von Ersatzräumlichkeiten einzuräumen. Der Richter hat die konkreten Umstände des Falles zu berücksichtigen, namentlich die persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien, die Dauer des Mietverhältnisses oder die Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt oder den Markt für Geschäftsräume (vgl. Art. 272 Abs. 2 OR).[1250] Der Mieter muss das Begehren der Schlichtungsbehörde innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung oder – bei einem befristeten Mietverhältnis – spätestens 60 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer einreichen (Art. 273 Abs. 2 lit. a und b OR). Dient die gemietete Sache als Familienwohnung, so kann auch der Ehegatte oder eingetragene Partner des Mieters die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen (Art. 273a Abs. 1 und 3 OR). Gemäss Art. 273 Abs. 5 OR prüft das Gericht die Erstreckung auch von Amtes wegen, wenn sie ein Begehren des Mieters betreffend Anfechtung der Kündigung abweist.

II. Sachlegitimation

Liegt ein Mietvertrag mit mehreren Mietern vor, so bilden diese gemeinsam mit dem Vermieter eine notwendige Streitgenossenschaft. Wie bei der Kündigungsanfechtung stellt sich beim Begehren um Erstreckung die Frage, ob den Mietern ein Einzelklagerecht zukommt. Das Bundesgericht beurteilte in BGE 140 III 598 lediglich die Legitimation zur Kündigungsanfechtung. Fraglich

1249 BGE 140 III 70 E. 5.

1250 BGE 136 III 190 E. 6 (übersetzt in Pra 2010 Nr. 112, S. 764 ff.); 135 III 121 E. 2; vgl. auch Urteil des BGer 4A_452/2010 vom 22. November 2010 E. 3 (übersetzt in: MRA 2011, S. 107 ff.).

ist, ob diese Rechtsprechung auch für Erstreckungsklagen gilt. Vor dem Hintergrund des vom Bundesgericht angeführten sozialen Schutzgedankens wird dies von der Lehre bejaht.[1251] Einerseits wird das Erstreckungsbegehren regelmässig neben dem Anfechtungsbegehren in der gleichen Klage geltend gemacht. Andererseits spielt bei beiden Begehren der gleiche soziale Schutzgedanke. Sowohl bei der Anfechtung als auch der Erstreckung geht es darum, den Mieter bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen vor dem Verlust des Gebrauchsrechts an der Wohnung zu schützen. Mithin ist es einem Mieter bei gemeinschaftlicher Miete gestattet, selbständig die Erstreckung zu verlangen, sofern er diejenigen Mitmieter, die die Erstreckung nicht verlangen wollen, zusammen mit dem Vermieter auf der Passivseite in den Prozess einbezieht.[1252] Wie bereits im Zusammenhang mit der Kündigungsanfechtung erwähnt, ist nach der hier vertretenen Auffassung im Sinne einer Prozessvoraussetzung zu fordern (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), dass der klagende Mieter das Mietobjekt gebraucht und damit vor dem Hintergrund des Sozialschutzgedankens ein schützenswertes (tatsächliches) Interesse an der Erstreckung hat.[1253] Reichen demgegenüber neben dem «wohnenden» Mitmieter auch andere oder sämtliche Mitmieter ein Erstreckungsbegehren ein, kann den «nicht wohnenden» Mitmietern das schutzwürdige Interesse nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht abgesprochen werden.[1254]

III. Besonderheiten bei der materiell-rechtlichen Prüfung der Erstreckung

Wird ein Objekt von mehreren Personen gemietet, ist fraglich, ob die von Art. 272 Abs. 1 OR geforderte «Härte» in der Person nur eines Mieters oder bei sämtlichen Mietern vorliegen muss. Der überwiegende Teil der Lehre befürwortet, dass es für eine Erstreckung ausreicht, wenn der Härtegrund nur in einem der Mitmieter liegt, unabhängig davon, ob die Mieter die Erstreckung gemeinsam verlangen oder nicht.[1255] In gleicher Weise kann sich ein einzelner

1251 KOLLER THOMAS, ZBJV 2016, S. 47; DERSELBE, Jusletter, Rz. 6; BACHOFNER, Rn. 210 f.; GABATHULER/SPIRIG, S. 42; STRIK, Rn. 41.

1252 Vgl. BGE 140 III 598 E. 3.2; BGE 145 III 281 E. 3.4.2; vgl. auch BACHOFNER, Rn. 211; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 272 OR N 2; BLUMER, Kurzkommentar, Art. 272 ZPO N 3; so bereits GIGER BRUNO, S. 77.

1253 Siehe dazu vorne, S. 222 f.

1254 Siehe dazu sinngemäss vorne, S. 215 f.

1255 HIGI, ZK, Art. 272 OR N 93 WEBER ROLF H., Frank et al., § 7 N 29; DILLIER, S. 262; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 192, nach welchem bei mehreren Mietern für die Erstreckungsdauer die grösste Härte massgebend ist; so auch GIGER BRUNO, S. 77 f.; a.M. MICHELI, S. 14: «En revanche, lorsque les deux concubins sont co-titulaires du bail, ils devront démontrer que la fin du contrat aurait pour tous deux des conséquences

Mieter auch auf die Härte für «seine Familie» berufen.[1256] Wird die Erstreckung von einem einzelnen Mieter gestützt auf die Rechtsprechung von BGE 140 III 598 ff. gegenüber den anderen Mitmietern und dem Vermieter verlangt, so ist nach der hier vertretenen Auffassung konsequenterweise zu fordern, dass der Erstreckungsgrund beim gesuchstellenden Mieter vorliegt. Ob die Kündigung oder das Auslaufen des befristeten Mietverhältnisses auch für die anderen Mieter eine Härte bedeutet, ist – da sie an einer Erstreckung nicht interessiert sind – nicht zu prüfen. Zudem ist der fehlende Erstreckungswille der übrigen Mieter bzw. der Umstand, dass sie sich widersetzen, im Rahmen der Interessenabwägung als Vermieterinteresse zu berücksichtigen und kann zu einer kürzeren Erstreckungsdauer führen.[1257]

Bei bestimmten Kündigungstatbeständen ist eine Erstreckung von Gesetzes wegen ausgeschlossen (vgl. Art. 272a OR). Die in dieser Bestimmung aufgeführten Gründe sind abschliessend.[1258] Bei den unter lit. a bis c genannten Gründen handelt es sich um die ausserordentlichen Kündigungsgründe (Kündigung infolge Zahlungsverzugs [lit. a], Kündigung infolge schwerer Pflichtverletzung [lit. b] oder infolge Konkurses des Mieters [lit. c]). Nicht vorausgesetzt ist, dass der Vermieter ausserordentlich kündigt. Verlangt wird jedoch für einen Erstreckungsausschluss, dass sowohl die materiellen wie auch die formellen Voraussetzungen einer ausserordentlichen Kündigung (nachweislich) bestehen.[1259] Diesbezüglich kann insbesondere hinsichtlich der Frage, ob der Kündigungsgrund bei einem oder sämtlichen Mitmietern vorliegen muss, auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.[1260] In aller Regel ist die Erstreckung bereits ausgeschlossen, wenn der Kündigungsgrund von einem einzigen Mitmieter gesetzt wurde.[1261] Keine besonderen Probleme bei der gemeinsamen Miete bilden der Ausschlussgrund nach lit. d (bevorstehendes Umbau- oder Abbruchvorhaben) und Absatz 2 (gleichwertiger Ersatz des Vermieters).[1262]

pénibles. Lorsqu'il s'agit d'associés d'une société simple, c'est également l'intérêt de cette société qui sera pris en considération.»

1256 Vgl. HIGI, ZK, Art. 272 OR N 93. Zum Begriff der Familie näher SPIRIG, S. 213 f.

1257 Vgl. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 272 OR N 2 und Art. 273 OR N 2a; DERSELBE, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 191 ff.; DILLIER, S. 262; unklar BLUMER, Kurzkommentar, Art. 272 OR N 3, welche zwar befürwortet, dass jeder Mitmieter die Erstreckung verlangen kann, die Erstreckung aber nur zugunsten des betreffenden Mieters wirken soll («Wegfall von Solidarschuldnern»).

1258 BGE 128 III 82 E. 2d; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 272a OR N 1.

1259 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 272a OR N 2; HULLIGER, SVIT-Kommentar, Art. 272 OR N 8; HIGI, ZK, Art. 272 OR N 18, 22 und 27.

1260 Siehe vorne, S. 162 ff.

1261 Vgl. WEBER ROLF H., Frank et al., § 7 N 25; HIGI, ZK, Art. 272a OR N 19; WEBER ROGER, Die gemeinsame Miete, S. 175 f.

1262 Vgl. zu diesen Ausschlussgründen: WEBER ROGER, BSK OR, Art. 272a OR N 6–9.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn der ausserordentliche Kündigungsgrund von einem Mitmieter gesetzt wurde (z.B. schwere Pflichtverletzung) und ein anderer Mieter gestützt auf die Rechtsprechung von BGE 140 III 598 ff. die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangt. Der betreffende Mieter muss sich das Verhalten seiner Mitmieter nach der hier vertretenen Auffassung zurechnen lassen. Zudem würde eine Erstreckung das Mietverhältnis als Ganzes erfassen und damit auch grundsätzlich ermöglichen, dass der pflichtwidrig handelnde Mieter weiterhin im Objekt bleibt. Folglich ist die Erstreckung nach der hier vertretenen Auffassung in diesem Fall selbst dann ausgeschlossen, wenn der anfechtende Mieter den Kündigungsgrund nicht persönlich gesetzt hat.

Neben der gerichtlichen Erstreckung steht es den Parteien gestützt auf Art. 272b Abs. 2 OR offen, eine Erstreckungsvereinbarung zu treffen.[1263] Dient die gemietete Sache als Familienwohnung, so sind Vereinbarungen über die Erstreckung nur gültig, wenn sie mit beiden Ehegatten – also auch dem nichtmietenden Ehegatten – abgeschlossen werden (Art. 273a Abs. 2 OR).[1264] Aufgrund des Wesens des gemeinsamen Mietvertrags als einheitliches Rechtsverhältnis ist auch für den Abschluss einer Erstreckungsvereinbarung mit mehreren Mietern vorausgesetzt, dass sämtliche Mieter zustimmen, ansonsten diese nicht zustande kommt. Dies gilt auch im Fall, da eine solche Vereinbarung im Rahmen eines laufenden Verfahrens in Form eines gerichtlichen Vergleichs geschlossen wird (vgl. Art. 208 Abs. 2 ZPO; Art. 241 Abs. 2 ZPO).[1265]

4. Kapitel: Fazit zur Anfechtung und Erstreckung durch mehrere Mieter

Will eine Partei die Kündigung eines Mietvertrags von Wohn- oder Geschäftsräumen anfechten, so muss sie das Begehren innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung der Schlichtungsbehörde einreichen (Art. 273 Abs. 1 OR). Will der Mieter eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen, so muss er das Begehren bei einem unbefristeten Mietverhältnis innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung und bei einem befristeten Mietverhältnis spätestens 60 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer bei der Schlichtungsbehörde einreichen (Art. 273 Abs. 2 lit. a und b OR). Im Zentrum der Untersuchung steht die Frage, ob die Mieter ein Kündigungsschutzverfahren gemeinsam einleiten müssen,

1263 Vgl. dazu HULLIGER, SVIT-Kommentar, Art. 272b OR N 15 ff.; HIGI, ZK, Art. 272b OR N 50 ff.

1264 BACHOFNER, Rn. 216.

1265 Vgl. auch HIGI, ZK, Art. 272b OR N 50, wonach die Erstreckungsvereinbarung vom Wesen her nichts anderes als ein Vergleichsvertrag ist.

oder ob den Mitmietern ein Einzelrecht zukommt, eine Kündigung gerichtlich anzufechten, die Nichtigkeit der Kündigung feststellen zu lassen oder die Erstreckung des Mietverhältnisses zu verlangen.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es einem einzelnen Mitmieter gestattet, das Gericht selbständig anzurufen, sofern er diejenigen Mitmieter zusammen mit dem Vermieter auf der Passivseite in den Prozess einbezieht, die sich nicht gegen die Kündigung zur Wehr setzen wollen. Dieser Grundsatz gilt auch bei gemeinsam mietenden Ehegatten, da das Bundesgericht eine analoge Anwendung von Art. 273 Abs. 1 OR verneint. Im Anschluss an BGE 140 III 598 ff. hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung auf die Kündigungsanfechtung durch die Erbengemeinschaft ausgeweitet, wobei zusätzlich vorausgesetzt ist, dass das Einzelrecht nur dem- oder denjenigen Erben zusteht, die selbst in der betreffenden Wohnung leben oder die Geschäftsräume benützen. Zudem machte das Bundesgericht deutlich, dass diese Rechtsprechung – die auf dem mietrechtlichen Sozialschutzgedanken beruht – sowohl bei der Wohnraum- als auch der Geschäftsraummiete Anwendung findet. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das vom Bundesgericht anerkannte Einzelklagerecht in materiell- wie prozessrechtlicher Sicht zu kritisieren. Namentlich handelt es sich bei der Einleitung des Kündigungsschutzverfahrens nicht um eine zulässige Ausnahme vom Grundsatz, wonach die notwendigen Streitgenossen gemeinsam klagen, denn dies würde voraussetzen, dass die auf der Beklagtenseite eingeklagten Mieter eigene Rechte geltend machen würden (wie bspw. bei der Erbteilungsklage). Dies ist beim Kündigungsschutzverfahren nicht der Fall, da sich die beklagten Mieter im Prozess auf der Seite des Vermieters befinden und – von der Rolle her – für die Rechtsposition des Vermieters einstehen, aber keine Vermieter sind. Dadurch ergeben sich prozessuale Besonderheiten, für die vorstehend für eine Auswahl an Problemen Lösungen erarbeitet wurden. Haben die eingeklagten Mitmieter kein Interesse am Ausgang des Verfahrens, ist insbesondere zu prüfen, wie sie vom Prozess Abstand nehmen und sich dadurch dem Urteil unterwerfen können.

Ist der Mietvertrag beendet, haben die Mieter die Sache zurückzugeben. Der nachfolgende siebte Teil behandelt die Rückgabe der Mietsache durch mehrere Mieter und ihre gerichtliche Durchsetzung.

7. Teil: Die Rückgabe der Mietsache und ihre Durchsetzung

1. Kapitel: Rückgabe der Mietsache

Zunächst werden nachfolgend im Sinne einer Übersicht die einzelnen Rechtsgrundlagen skizziert, gestützt auf welche der Vermieter berechtigt ist, die Rückgabe der Mietsache und im Weigerungsfall die Ausweisung eines Mieters zu verlangen. Danach werden einzelne Besonderheiten erläutert, die bei Vorliegen mehrerer Mieter zu beachten sind.

I. Rechtsgrundlagen für die Rückgabe der Mietsache

1. Vertrag

Ist das Mietverhältnis beendet, hat der Mieter die Sache dem Vermieter zurückzugeben.[1266] Dem Vermieter steht zunächst ein vertraglicher Rückgabeanspruch zu.[1267] Dieser richtet sich gegen den Vertragspartner,[1268] der verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass auch Dritte, denen er den Zugang verschafft hat, das Mietobjekt termingerecht räumen.[1269] Spiegelbildlich zur Übergabe des Mietobjekts bei Mietantritt geht es bei der Rückgabe im Wesentlichen darum, dem Vermieter den ausschliesslichen Besitz am Mietobjekt (wieder) zu verschaffen.[1270] In tatsächlicher Hinsicht ist dafür die Rückgabe sämtlicher Schlüssel erforderlich.[1271]

1266 BACHOFNER, Rn. 83.

1267 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 267 OR N 14.

1268 BACHOFNER, Rn. 84. In der Lehre ist umstritten, ob dem Vermieter auch gegenüber dem Untermieter oder dem Ehegatten eines Mieters einer Familienwohnung hat: vgl. dazu näher BACHOFNER, Rn. 85-86, Rn. 96 ff. und Rn. 224 ff. je m.w.H.

1269 BACHOFNER, Rn. 84.

1270 Urteil des BGer vom 17. Februar 1998 E. 3a, in: MP 4/98, S. 182 f., S. 183.

1271 Urteil des BGer vom 4A_388/2013 vom 7. Januar 2013 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts vom 17. Februar 1998, E. 3a, in: MP 4/98, S. 182 f., S. 183; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 267 OR N 13; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 267-267a OR N 5 und N 24; vgl. auch PERMANN, OFK, Art. 267 OR N 3; HULLIGER/HEINRICH, Art. 267-267a OR N 2 und N 6.

Der Mieter hat die Sache in «vertragsgemässem» Zustand zurückzugeben.[1272] In welchem Zustand die Mietsache qualitativ zurückzugeben ist, wird in Art. 267 OR geregelt.[1273] Der Mieter hat namentlich das Mietobjekt grundsätzlich zu räumen, zu reinigen und die erforderlichen Instandstellungsarbeiten zu besorgen.[1274] Gibt es bezüglich des Rückgabezeitpunkts keine anderslautende Vereinbarung, ist die Mietsache gemäss Art. 79 OR am letzten Tag des Mietverhältnisses während der üblichen Geschäftszeit zu übergeben.[1275] Endet das Mietverhältnis an einem Sonntag oder an einem anderen am Erfüllungsort staatlich anerkannten Feiertag, hat die Rückgabe am nächstfolgenden Werktag zu erfolgen, wobei hierzu auch der Samstag gehört (Art. 78 OR).[1276]

2. Dingliches Recht

Neben dem vertraglichen Rückgabeanspruch hat der Vermieter gegenüber den Mietern auch einen sachenrechtlichen Rückgabeanspruch gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB, wenn er Eigentümer der Mietsache ist (Anspruchskonkurrenz).[1277] Der sachenrechtliche Vindikationsanspruch richtet sich gegen jeden unrechtmässigen Besitzer.[1278] Der gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB berechtigte Vermieter kann die Rückgabe nach Beendigung des Mietvertrags mithin sowohl vom nicht mehr berechtigten Mieter als auch von jedem anderen ver-

1272 Vgl. MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 267–267a OR N 18.

1273 Vgl. zum erforderlichen Zustand des Mietobjekts: HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 267 OR N 4 und 79 ff.; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 267–267a OR N 18 ff.; vgl. WEBER ROGER, BSK OR, Art. 267 OR N 4.

1274 Urteil des Bundesgerichts vom 4A_388/2013 vom 7. Januar 2013, E. 2.1 und E. 2.2.2, wo der Mieter alle Schlüssel der Verwaltung zurückgegeben hatte und die Lokalität grundsätzlich räumte, jedoch noch Kabel und ein Karton im Informatikraum verblieben. Die wenigen zurückgelassenen Gegenstände liessen keine Zweifel an der Absicht des Mieters aufkommen, die Räumlichkeiten zu verlassen; vgl. auch Urteile des BGer 4A_456/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1; 4C.261/2006 vom 1. November 2006 E. 3.2.3; vgl. auch MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 267–267a OR N 18–23; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 267 OR N 89 und 92.

1275 WEBER ROGER, BSK OR, Art. 267 OR N 2a m.w.H.

1276 BLUMER, Rn.1086; BACHOFNER, Rn. 83 in Fn. 245. Da es sich um keine gesetzliche oder behördlich angesetzte Frist handelt, ist Art. 1 des Bundesgesetzes über den Fristenlauf nicht einschlägig (SR 173.110.3).

1277 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 267 OR N 14 ff.; BLUMER, Rn. 1085; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 267 OR N 1; ZIHLMANN, S. 116. Zur Geltendmachung der Eigentumsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB können auch die Inhaber anderer dinglicher Rechte an der Sache legitimiert sein, wie etwa der Nutzniesser: vgl. BACHOFNER, Rn. 87 m.V. auf MEIER-HAYOZ, BK, Art. 641 ZGB N 57; WIEGAND, BSK ZGB, Art. 641 ZGB N 45 (für eine analoge Anwendung). Abgelehnt wird die Berufung des Vermieters zur Ausweisung auf den Besitzesschutz nach den Art. 926 ff. ZGB (vgl. BACHOFNER, Rn. 93 f. m.w.H.).

1278 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PF190033 vom 14. August 2019 E. II.2.2 und III.1; WOLF/WIEGAND, BSK ZGB, Art. 641 ZGB N 46 ff.

langen, der die Mietsache unberechtigterweise als unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer benützt (z.B. Mitbewohner des Mieters).[1279] Nicht passivlegitimiert ist der blosse Besitzdiener.[1280] Befinden sich andere unberechtigte Benützer im Mietobjekt, hat sich der Vermieter zur Durchsetzung des Rückgabeanspruchs somit auf seine dinglichen Rechte zu berufen.[1281]

II. Rückgabeverpflichtung bei mehreren Mietern

Bei der Rückgabe des Mietobjekts, d.h. der tatsächlichen Übergabe einer Sache, handelt es sich um eine unteilbare Leistung i.S.v. Art. 70 OR.[1282] Ist eine unteilbare Leistung von mehreren Schuldnern zu entrichten, so ist jeder Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet (Art. 70 Abs. 2 OR). Richtet sich die obligatorische Rückgabeverpflichtung gegen den Vertragspartner, so ist bei einer Parteiengruppe somit jeder Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet, das Mietobjekt zurückzugeben. Der Vermieter kann mit anderen Worten die Rückgabe der Mietsache von jedem Mieter einzeln fordern.[1283] Handelt es sich bei mehreren Mietern um eine einfache Gesellschaft, bildet hierfür auch Art. 544 Abs. 3 OR eine Rechtsgrundlage.[1284] Jeder Mitmieter hat mit anderen Worten dafür zu sorgen, dass er die gemeinsam gemietete Sache zurückgeben kann und auch seine Mitmieter die Sache räumen und ihre Schlüssel zurückgeben.[1285] Kommt der in Anspruch genommene Mitmieter seiner Verpflichtung nicht nach, stellen sich Haftungsfragen, auf die im Anschluss näher eingegangen wird.[1286]

1279 BGE 132 III 155 E. 6.2.1; Urteil des BGer 5C.119/2002 vom 31. Juli 2002 E. 3.1; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PF190033 vom 14. August 2019 E. III.1; vgl. auch BACHOFNER, Rn. 89 und Rn. 280; WOLF/WIEGAND, BSK ZGB, Art. 641 ZGB N 47 f.; DOMEJ, Kurzkommentar, Art. 641 ZGB N 18.

1280 BACHOFNER, Rn. 280 m.w.H.; vgl. auch WEBER ROGER, BSK OR, Art. 267 OR N 3; zum Begriff des Besitzdieners näher SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, S. 27; BACHOFNER, Rn. 284.

1281 BACHOFNER, Rn. 279, welche vertritt, dass dem Vermieter darüber hinaus ein «quasivertraglicher» Rückgabeanspruch sowohl gegenüber dem Ehegatten des Mieters als auch dem Untermieter zukommt.

1282 Urteile des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.1; 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 4.3 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 28; WEBER ROLF, Art. 70 OR N 19 m.w.H.; SCHROETER, BSK OR, Art. 70 OR N 15; BACHOFNER, N 296; LACHAT, Bail à loyer, S. 103; SCHMID JÖRG, S. 37; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253–273c OR N 120. Siehe dazu auch vorne, S. 43.

1283 Vgl. WEBER ROLF H., BK, Art. 70 OR N 19 und N 47; LACHAT, Bail à loyer, S. 103; BOHNET, Actions civiles, § 23 N 26.

1284 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 160; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 544 OR N 58.

1285 Vgl. dazu auch BECKER, BK, Art. 144 OR N 1.

1286 Siehe dazu sogleich, S. 244 ff.

Bei der gemeinsamen Miete liegt in aller Regel Mitbesitz (i.e.S.) und kein Gesamtbesitz vor. Von Mitbesitz i.e.S. wird gesprochen, wenn jeder Besitzer die tatsächliche Sachherrschaft ohne die Mitwirkung der anderen ausüben kann.[1287] Mehrere Mieter sind somit Mitbesitzer, sofern beide die tatsächliche Verfügungsmacht über das Mietobjekt haben.[1288] Dies ist bei einer Mietermehrheit grundsätzlich der Fall, da sich jeder Mitmieter mit seinem Schlüssel alleinigen Zugang zum Mietobjekt verschaffen kann.[1289] Bei Gesamtbesitz können die betreffenden Personen demgegenüber die Gewalt über eine Sache nur gemeinsam ausüben (z.B. die Öffnung eines durch zwei unterschiedliche Schlösser gesicherten Tresors).[1290] Auch der dingliche Vindikationsanspruch des Eigentümers steht diesem gegen jeden einzelnen Mieter als Mitbesitzer zu.[1291]

III. Haftung der Mieter bei ausbleibender Rückgabe

Gibt der Mieter die Sache nicht im Zustand zurück, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt (vgl. Art. 267 OR), namentlich wenn er es unterlässt, das Mietobjekt vollständig zu räumen, zu reinigen oder die erforderlichen Instandstellungsarbeiten vorzunehmen, wird der Mieter dem Vermieter nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig.[1292] Der Beweis für die vertragsgemässe Rückgabe obliegt dem Mieter.[1293]

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Vermieter für den Fall, dass ihm die Mietsache nach Beendigung nicht zurückgegeben wird, einen Anspruch auf Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe des vereinbarten Mietzinses.[1294] Die Entschädigung kann je nach Umständen jedoch tiefer[1295]

1287 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, S. 30.

1288 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vor Art. 253-273c OR N 123.

1289 BACHOFNER, Rn. 297 in Fn. 880.

1290 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, S. 30.

1291 Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich PF190033 vom 14. August 2019 E. II.2.2 und III.1; LF150054 vom 12. Oktober 2015 E. III.1.

1292 Urteile des BGer 4A_388/2013 vom 7. Januar 2013 E. 2.1; 4A_456/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1; 4C.261/2006 vom 1 November 2006 E. 3.2.3.

1293 Urteile des BGer 4A_27/2017 vom 30. August 2017 E. 4.1.1; 4A_456/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1.

1294 Urteile des BGer 4A_27/2017 vom 30. August 2017 E. 4.1.2; 4A_96/2015 vom 1. Juni 2015 E. 3.3; 4A_456/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1; BGE 131 III 257 E. 2. Der Vermieter ist nicht zum Nachweis verpflichtet, dass er das Mietobjekt zum gleichen Mietzins hätte weitervermieten können: Urteil des BGer 4A_456/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1; 4A_730/2011 vom 16. Juli 2012 E. 4.2.4; 4C.255/2005 vom 26. Oktober 2006 E. 2.2 und 2.3; BGE 131 III 257 E. 2.1; 119 II 437 E. 3b/bb; 63 II 368 E. 3).

1295 Vgl. dazu Urteile des BGer 4A_27/2017 vom 30. August 2017 E. 4.1.2; 4A_96/2015 vom 1. Juni 2015 E. 3.4; vgl. auch Urteil des BGer 4A_208/2015 vom 12. Februar 2016 E. 4.2.

oder höher sein. Eine höhere Entschädigung ist geschuldet, wenn der Vermieter nachweisen kann, dass er die Mietsache zu einem höheren Mietzins hätte vermieten können.[1296] Der Vermieter kann darüber hinaus für andere Schäden Ersatz verlangen, die auf das vertragswidrige Verhalten des Mieters zurückzuführen sind. So haftet der Mieter etwa für den Schaden des Vermieters, wenn dieser die Mietsache einem neuen Mieter weitervermietet hat, aber die Räume aufgrund der vertragswidrigen Verspätung nicht termingerecht zur Verfügung stellen kann.[1297]

Bei gemeinsamer vertraglicher Verpflichtung haften mehrere Mieter dem Vermieter je persönlich für seinen Schaden, und zwar unabhängig davon, ob die Vertragsverletzung vom belangten Mieter verschuldet wurde oder nicht. Besteht zwischen den Mietern Solidarität i.S.v. Art. 143 ff. OR – gegebenenfalls auch i.V.m. Art. 544 Abs. 3 OR –, hat dies zwar nicht automatisch eine solidarische Haftung für Schäden für Vertragsverletzungen zur Folge, die von einem Mitschuldner verursacht werden.[1298] Gemäss Art. 146 OR kann ein Solidarschuldner, soweit es nicht anders bestimmt ist, durch seine persönliche Handlung die Lage der anderen nicht erschweren. Die Solidarschuldnerschaft allein begründet mit anderen Worten noch keine gegenseitige Zurechnung von Verschulden und vertragswidrigem Verhalten.[1299] So haftet bei einem von einem Solidarschuldner verursachten Verzug grundsätzlich nur der vertragsverletzende Schuldner. Nur diesen trifft direkt die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung oder die Haftung für den Zufall.[1300] Dies gilt selbst im Fall, da die Solidarschuldner zu einer unteilbaren Leistung – wie etwa der Rückgabe der Mietsache – verpflichtet sind.[1301]

Eine Zurechnung kann jedoch auf einer Vereinbarung zwischen den Parteien gründen oder sich aus dem Gesetz ergeben.[1302] Jeder Solidarschuldner ist mit Bezug auf die Vertragserfüllung Hilfsperson des anderen i.S.v. Art. 101 OR, weshalb sich jeder Schuldner gestützt auf diese Bestimmung das Verhalten des

1296 Vgl. BGE 141 III 20 E. 3 m.w.H. (übersetzt in: Pra 2015 Nr. 85, S. 683 ff.); Urteil des BGer 4A_27/2017 vom 30 August 2017 E. 4.1.2.

1297 Vgl. BGE 141 III 20 E. 3 m.w.H. (übersetzt in: Pra 2015 Nr. 85, S. 683 ff.).

1298 Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.1; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 61; KRAUSKOPF, BK, Art. 146 OR N 15 ff.

1299 KRAUSKOPF, BK, Art. 146 OR N 27; THÉVENAZ, S. 379; vgl. auch BECKER, BK, Art. 145 N 1 OR; ROMY, Commentaire Romand, Art. 146 OR N 3; SCHWENZER, Rn. 88.21von TUHR/ESCHER, S. 306 f.

1300 KRAUSKOPF, BK, Art. 146 OR N 18; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 120.

1301 Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.1; KRAUSKOPF, BK, Art. 146 OR N 16 in Fn. 25.

1302 KRAUSKOPF, BK, Art. 146 OR N 27; vgl. auch KOLLER, § 75 N 141.

anderen zuzurechnen hat.[1303] Liegt ein Mietvertrag mit mehreren Mietern vor, wird ein Mitmieter, der das Mietobjekt nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht verlässt, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Hilfsperson des Mitmieters betrachtet (vgl. Art. 101 OR), der das Objekt verlassen hat. Dies hat zur Folge, dass der Vermieter auch vom Mitmieter, der das Mietobjekt nach der Vertragsbeendigung nicht mehr benützt hat, die Entschädigung für die verspätete Rückgabe verlangen kann, selbst wenn dieser den Schaden nicht persönlich verursacht hat.[1304]

Wird der Mitmieter belangt, der die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses verlassen hat, stellt sich im Verhältnis zum verbleibenden Mieter die Frage, wer den Schaden im Verhältnis der Mieter zu tragen hat. Inwieweit der belangte, aber nicht pflichtwidrig handelnde Mieter als Schuldner, der sich das Verhalten des anderen nach Art. 101 OR anrechnen lassen muss, auf den Störer bzw. die Hilfsperson Rückgriff nehmen kann, bestimmt sich nach dem Innenverhältnis.[1305] Liegt eine einfache Gesellschaft vor, haftet ein Gesellschafter gemäss Art. 538 Abs. 2 OR grundsätzlich dem oder den geschädigten Gesellschaftern für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden.[1306] Verhält sich ein anderer Gesellschafter pflichtwidrig, steht demjenigen Mitmieter, der das Mietobjekt nach der Beendigung des Mietvertrags vertragskonform verlassen hat, nach Massgabe von Art. 538 Abs. 2 OR ein Regressanspruch zu.[1307]

Wird demgegenüber der Mitmieter belangt, der den Schaden durch sein Verhalten allein verursacht hat, so ist ein Regress gegen die übrigen Mitschuldner grundsätzlich ausgeschlossen, sei es aufgrund der Einzelwirkung von Schuldnerhandlungen oder – bei einer Zurechnung über Art. 101 OR – durch Verrechnung mit einer Schadenersatzforderung aus dem Innenverhältnis (z.B. gestützt auf Art. 538 Abs. 2 OR).[1308]

1303 Urteil des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.1; KRAUSKOPF, BK, Art. 146 OR N 9; KRAUSKOPF/GIRÓN, Personengesellschaftsrecht, Art. 544 OR N 23; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 122 ff.; im Ergebnis auch JACQUEMOUD-ROSSARI, S. 101; THÉVENAZ, S. 379; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 110; LACHAT, Bail à loyer, S. 103.

1304 Urteile des BGer 4A_125/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.2; 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.2; Urteil des BGer vom 15. März 1983 E. 7, in: SG 1983 Nr. 225; vgl. auch Urteil des BGer 4A_12/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.

1305 WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, BSK OR, Art. 101 N 18; VON TUHR/ESCHER, S. 129 f.; WEBER ROLF H., BK, Art. 101 OR N 76; FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 544 OR N 116.

1306 Vgl. MICHELI, S. 17; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, S. 192; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 110; vgl. auch HÄNNI/BOHNET, Actions civiles, § 59 N 16 und FELLMANN/MÜLLER, BK, Art. 538 OR N 15, wonach für den Fall, dass nur einer der Gesellschafter geschädigt ist (z.B. vom Vermieter für eine verspätete Rückgabe eines anderen Gesellschafters belangt wurde), dieser individuell gegen den Verursacher vorgehen kann.

1307 Vgl. KRAUSKOPF, BK, Art. 146 OR N 15 und N 40; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, Art. 538 N 5.

1308 KRAUSKOPF, BK, Art. 146 OR N 15 und N 40.

2. Kapitel: Durchsetzung des Rückgabeanspruchs (Ausweisung)

Die zwangsweise Durchsetzung des Rückgabeanspruchs besteht in der gerichtlichen Ausweisung der Mieter.

I. Mehrere Mieter als einfache Streitgenossen

Nach dem Gesagten kann der Vermieter die Räumung im Rahmen eines Ausweisungsverfahrens gegen die Mieter einzeln verlangen.[1309] In prozessualer Hinsicht bilden die Mieter im Ausweisungsverfahren mithin in der Regel keine notwendige, sondern eine einfache Streitgenossenschaft i.S.v. Art. 71 ZPO.[1310]

In diesen Fällen ist in der Praxis allerdings zu beachten, dass es zur Durchsetzung der Forderung trotz solidarischer Verpflichtung nicht zielführend ist, nur gegen einen einzelnen Schuldner vorzugehen, wenn der andere sich beispielsweise weigert, die Sache zurückzugeben. Ein Ausweisungsentscheid wirkt nur zwischen den Prozessparteien und würde zur Ausweisung des betreffenden Mieters, nicht aber anderer Mieter genügen.[1311]

Das Bundesgericht hat es bisher offengelassen, ob die Unteilbarkeit der Rückgabeleistung bedeutet, dass im Falle der gemeinsamen Miete im Ausweisungsverfahren alle Mitmieter ins Recht gefasst werden müssen. Das Bundesgericht führte aus, der Wortlaut von Art. 70 Abs. 2 OR lasse eher darauf schliessen, dass auch ein einzelner Mitmieter ins Recht gefasst werden könne.[1312] Dem ist zuzustimmen, denn aus der sog. formalen Solidarität von Art. 70 Abs. 2 OR folgt, dass im Aussenverhältnis jeder Mitmieter einzeln passivlegitimiert ist.

1309 Siehe dazu vorne, S. 243 f.

1310 Vgl. die Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich LF110128 vom 1. März 2012 E. II.4.3; LF160018 vom 7. März 2016 E. 4.2; LF160025 vom 14. April 2016 E. 2.1; PF170030 vom 25. Juli 2017 E. 2.3; vgl. auch BACHOFNER, N 297; LACHAT, Bail à loyer, S. 103; MÜLLER, SVIT-Kommentar, Art. 267–267a N 29; RAJOWER, S. 805; SCHWANINGER, HAP, Rz. 10.119; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 124; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 28.

1311 BACHOFNER, N 297; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 28; Siehe dazu näher sogleich, S. 248 f.

1312 Urteile des BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 4.1; 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004 E. 4.3 (übersetzt in: MRA 2005, S. 11 ff.); MICHELI, S. 15: «Comme la délivrance de la chose louée, sa restitution est une obligation indivisible (art. 70 CO). Chaque colocataire est donc tenu de restituer la chose dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat (art. 267 al. 1 CO). Chacun est également habilité à recevoir l'avis prévu par l'art. 267a CO. Quelles que soient les relations internes entre colocataires, chacun d'eux est responsable des dégâts causés qui dépassent l'usure normale, que ce soit en vertu de l'art. 70 al. 2 CO ou en vertu de l'art. 143 CO.»

Dies bedeutet etwa im Falle, da ein Mieter bereits ausgezogen ist, dass der Vermieter die Räumung alleine gegen den verbleibenden Mieter durchsetzen kann. Dieser ist namentlich verpflichtet, im Rahmen der Vollstreckung sämtliche Schlüssel zurückzugeben, und er haftet nach Massgabe von Art. 101 OR[1313] beispielsweise für Schäden, die dadurch entstehen, dass der ausgezogene Mitmieter noch Schlüssel besitzt und als Folge davon die Schlösser ausgetauscht werden müssen.

Ist ein Mieter ausgezogen, steht es dem Vermieter aber auch frei, gegen beide Mieter vorzugehen, denn nur mittels Ausweisung und entsprechendem Gerichtsurteil kann sich der Vermieter vor einer Wiederinbesitznahme des ausgezogenen Mieters schützen.[1314]

II. Wirkung des Gerichtsentscheids und Vollstreckung

Der Ausweisungsbefehl entfaltet als Gerichtsentscheid seine Wirkung jedoch grundsätzlich nur gegenüber den am Verfahren beteiligten Personen und kann normalerweise Dritten nicht entgegengehalten werden, ausser eine derartige Wirkung sei im materiellen Recht vorgesehen.[1315] Das heisst, obwohl zwar jeder Mitmieter zur Rückgabe der ganzen Sache verpflichtet ist, kann die gestützt auf den anschliessenden Gerichtsentscheid erfolgte Ausweisung nur gegen die am Verfahren beteiligten Mitmieter vollstreckt werden.[1316] Das ist insofern unproblematisch, als die nicht am Verfahren beteiligten Mitmieter bereits ausgezogen sind. Einem nicht am Verfahren beteiligten und im Mietobjekt verbleibenden Mitmieter kann der Ausweisungsbefehl jedoch nicht entgegengehalten werden.[1317] Der Vermieter hat gegen diesen Mitmieter ein gesondertes Ausweisungsverfahren einzuleiten. Ein Ausweisungsbefehl, der sich lediglich an die Mieterschaft richtet, kann anderen Wohnungsbenützern grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.[1318] Er wirkt jedoch gemäss

1313 Vgl. dazu näher vorne, S. 246 f.

1314 Vgl. hierzu sinngemäss aus der deutschen Rechtsprechung: Beschluss des Deutschen Bundesgerichtshofs 22. November 1995 VIII ARZ 4/95 E. III.3, in: NJW 1996, S. 515 ff.

1315 Urteil des BGer 4P.133/1999 vom 24. August 1999 E. 2b)aa), in: MP 1/00, S. 36 ff., S. 38; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 124.

1316 Vgl. etwa die Regeste des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. November 1989, in: SJZ 1990, S. 212 ff.: «Ein Ausweisungsbefehl nach Auflösung des Mietverhältnisses kann auch nur gegen einen der beiden Ehegatten erfolgen (kann aber nur gegen diesen allein vollstreckt werden)».

1317 BACHOFNER, Rn. 297.

1318 Urteile des BGer 5P.25/2007 vom 19. März 2007 E. 5; 4P.133/1999 vom 24. August 1999 E. 2b/aa (übersetzt in: mp 2000, S. 38); vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 124; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 29.

bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch gegenüber anderen, mit dem Mieter lebenden Personen (z.B. Kinder, Verwandte, Angestellte).[1319]

Handelt es sich jedoch um eine Familienwohnung, die durch das Gesetz einen besonderen Schutz erfährt (vgl. etwa Art. 169 ZGB; Art. 266m und Art. 266n OR), muss sich das Ausweisungsverfahren neben dem Mieter auch gegen den nicht mietenden Ehegatten richten.[1320] Verbleibt etwa der nicht mietende Ehegatte nach der Trennung in der Wohnung, so kann er nicht gestützt auf einen Entscheid ausgewiesen werden, der sich allein gegen den mietenden, aber ausgezogenen Mieter richtet.[1321] Ob dies auch für den Konkubinatspartner gilt, ist in der Lehre umstritten.[1322] Der Ausweisungsentscheid erstreckt sich weiter auch nicht auf Untermieter, weshalb der (allein) gegen den Hauptmieter erwirkte Ausweisungsentscheid grundsätzlich keinen tauglichen Titel zur Vollstreckung der Ausweisung gegenüber dem Untermieter darstellt.[1323]

III. Prozesskosten

Richtet der Vermieter sein Begehren nicht gegen sämtliche Mitmieter, ist zu beachten, dass die mit dem Ausweisungsverfahren verbundenen Prozesskosten – im Falle des Unterliegens (vgl. Art. 106 ZPO) – nur von demjenigen Mieter als Prozesspartei zu tragen sind, gegen den sich das Ausweisungsbegehren richtet.[1324]

1319 Urteile des BGer 4A_72/2007 vom 22. August 2007 E. 3; 4P.133/1999 vom 24. August 1999 E. 2b/aa (übersetzt in: mp 2000, S. 38); vgl. auch ROHRER FLORIAN, S. 7 f.

1320 BOHNET, Actions civiles, § 23 N 27.

1321 Urteil des BGer 4P.133/1999 vom 24. August 1999 E. 2b/aa und E. 2b/bb (übersetzt in: mp 2000, S. 38-41); BACHOFNER, Rn. 301.

1322 Gemäss DIETSCHY-MARTNET, Concubins, S. 124, ist der nicht mietende Konkubinatspartner von der Wirkung des Ausweisungsentscheids gegen den Mieter erfasst; so auch VON USLAR, Mietrecht für die Praxis, S. 1006; demgegenüber verlangt etwa BACHOFNER, Rn. 302 ff., dass zur Ausweisung eines nichtehelichen Lebenspartners gegen ihn vorzugehen ist, da dieser das Mietobjekt ebenfalls besitzt und die Wohnung nicht als blosser Besitzdiener benützt.

1323 Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich VB120007 vom 17. Oktober 2012 E. 3.5 und 4; Beschluss des Kassationsgerichts Zürich vom 22. Dezember 2001 E. 3c, in: ZR 2002 Nr. 37; HUBER, Rn. 594; BACHOFNER, Rn. 308; WEBER ROGER, BSK OR, Art. 267 OR N 3d; HULLIGER/HEINRICH, Handkommentar, Art. 267-267a OR N 4.

1324 BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 29; THÉVENAZ, S. 378; LACHAT, Bail a loyer, S. 103 in Fn. 104.

3. Kapitel: Rückforderung des Mietzinsdepots

Lautet das Mietzinsdepot auf mehrere Mieter, so handelt es sich um eine Forderung der Gemeinschaft, an der die Beteiligten vorbehältlich einer abweichenden Vereinbarung gesamthänderisch berechtigt sind (vgl. Art. 544 Abs. 1 OR; Art. 602 Abs. 2 ZGB).[1325] Dies hat zur Folge, dass mehrere Mieter ihren Anspruch auf Rückerstattung des Mietzinsdepots gemeinsam geltend machen müssen. Sie bilden bei der Klage auf Rückzahlung des Depots eine notwendige Streitgenossenschaft i.S.v. Art. 70 ZPO.[1326]

1325 BGE 137 III 455 E. 3.4 und E. 3.5.

1326 Vgl. im Allgemeinen: BGE 140 III 150 E. 2.2.2; 137 III 455 E. 3.4 und E. 3.5; zur Rückforderung des Mietzinsdepots im Besonderen: Urteil des Mietgerichts Zürich vom 11. November 2005 E. 3.3, in: ZMP 1/2006, S. 16 ff. ZR 2007, Nr. 72: DIETSCHY-MARTENET, Concubins, S. 123; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Droit du bail, Art. 253 OR N 35.; vgl. auch WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, S. 132.

8. Teil: Zusammenfassung in Thesen

Der Gliederung der Arbeit folgend werden im vorliegenden achten Teil die wichtigsten Erkenntnisse zusammenfassend dargestellt.

1. Teil: Die gemeinsame Miete und ihre wesentlichen Erscheinungsformen

Ein gemeinsamer Mietvertrag (bail commun; locazione comune) liegt vor, wenn mehrere Vermieter und/oder mehrere Mieter eine Parteiengruppe desselben Mietvertrags bilden.[1327]

Die Erscheinungsformen der gemeinsamen Miete sind vielfältig. Zwei oder mehrere Personen können sich zu einer (lockeren) Wohngemeinschaft zusammenschliessen (z.B. Studenten-WG). Ein verheiratetes oder nicht verheiratetes Paar entschliesst sich, gemeinsam eine Wohnung zu mieten. Eine gemeinsame Miete entsteht auch im Erbfall, wenn ein Mieter stirbt und mehrere Erben hinterlässt. Auch die gemeinsame Miete von Geschäftsräumlichkeiten für geschäftliche Zwecke bildet eine typische Erscheinungsform.[1328]

2. Teil: Die Entstehung des gemeinsamen Mietvertrags

1. Zustandekommen

Sind auf der einen und/oder anderen Vertragsseite mehrere Parteien beteiligt, kommt der gemeinsame Mietvertrag im Allgemeinen zustande, sobald alle Beteiligten sich mittels Abgabe der entsprechenden Willenserklärungen auf den wesentlichen Vertragsinhalt geeinigt haben und diese Willenserklärungen ausgetauscht worden sind.[1329] Schliesst ein Vermieter einen Mietvertrag mit den zwei Mietern A und B ab, liegen drei Willenserklärungen vor: (i) die Erklärung des Vermieters, die als Antrag oder Annahme an die Mieter A und B gerich-

1327 Siehe vorne, S. 3.

1328 Siehe vorne, S. 4 ff.

1329 Siehe vorne, S. 7 ff.

tet ist, (ii) die Erklärung des Mieters A an den Vermieter sowie (iii) die Erklärung des Mieters B an den Vermieter. Selbst wenn die beiden Mieter ihre Erklärungen gemeinsam abgeben, handelt es sich um individuelle Erklärungen der einzelnen Personen.[1330] Bei der Bestimmung, wer Vertragspartei sein soll, handelt es sich um einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt.[1331] Richtet der Vermieter seinen Antrag an zwei Mieter, nimmt aber nur einer der Mieter diesen Antrag an, kommt mithin kein Vertrag zustande.[1332]

2. Gültigkeit

Die Willenserklärungen sind auch individuell auf ihre Gültigkeit zu beurteilen. Ist eine Erklärung eines von mehreren Mietern ungültig, wäre der Vertrag – aufgrund der objektiven Wesentlichkeit der Beteiligung der Partei – ohne die mangelhafte Willenserklärung überhaupt nicht geschlossen worden, weshalb bei Ungültigkeit bloss einer einzelnen von mehreren Willenserklärungen auf Ungültigkeit des ganzen Vertrags zu erkennen ist.[1333]

3. Vertragsschluss durch Vertretung eines Mitmieters

Neben dem direkten Vertragsschluss, bei dem sämtliche Mieter den in der Regel schriftlichen Mietvertrag eigenhändig unterzeichnen, ist auch der Abschluss durch einen (gemeinsamen) Stellvertreter möglich, namentlich durch einen Mitmieter.[1334] Dabei sind pathologische Fälle möglich (z.B. fehlende Angabe des Vertretungsverhältnisses), in denen anhand sämtlicher Umstände mittels Auslegung zu entscheiden ist, ob und gegebenenfalls mit wem ein Mietvertrag entstanden ist.[1335]

4. Abgrenzung zu anderen Vertragsverhältnissen, namentlich zur Begründung einer Personalsicherheit

Der Mietvertrag mit mehreren Mietern ist von anderen Vertragsverhältnissen abzugrenzen.[1336] Eine besondere Nähe besteht zum Sicherungsgeschäft. In der Praxis kommt es regelmässig vor, dass der Vermieter bzw. der Liegenschaftsverwalter einen Dritten zur Absicherung als Vertragspartei, d.h. als Mieter, in den Mietvertrag aufnimmt (z.B. ein solventer Vater unterzeichnet neben der Toch-

1330 Siehe vorne, S. 12.

1331 Siehe vorne, S. 10 f.

1332 Siehe vorne, S. 11.

1333 Siehe vorne, S. 25 ff.

1334 Siehe vorne, S. 14 ff.

1335 Siehe vorne, S. 16 ff.

1336 Siehe vorne, S. 47 ff.

ter als «Mieter 2»). Diesfalls ist mittels Auslegung zu ermitteln, ob ein gemeinsamer Mietvertrag entstanden ist oder eine – allenfalls formungültige – Personalsicherheit (z.B. Bürgschaft) begründet wurde.[1337]

3. Teil: Das Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern

1. Die Mitmieter als Rechtsgemeinschaft

Durch den Abschluss eines Mietvertrags mit mehreren Mietern entsteht neben dem Aussenverhältnis auch ein Innenverhältnis zwischen den Mietern. Vorbehältlich einer abweichenden Vereinbarung sind mehrere Mieter Träger derselben Rechte und Pflichten. Sie bilden eine Rechtsgemeinschaft.[1338] Besteht zwischen den gemeinsam Mietenden vor Abschluss des Mietvertrags keine relevante Vorbeziehung, gilt es zu prüfen, welche gesetzlichen Bestimmungen – vorbehältlich abweichender vertraglicher Regeln – im Innenverhältnis zur Anwendung gelangen.[1339]

2. Die Mitmieter als einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR

Nach der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die gemeinsame Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen einen Zweck i.S.v. Art. 530 OR dar.[1340] Der Umfang der Zweckverfolgung ist im Einzelfall mittels Auslegung zu ermitteln. Diese kann sich auf die gemeinsame Miete beschränken, aber auch einen darüber hinausgehenden Zweck verfolgen (z.B. über das blosse Zusammenwohnen hinaus).[1341] Übernehmen die Mieter die Haftung im Aussenverhältnis und verbessern sie damit die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft, liegt gestützt auf die überwiegende gesellschaftsrechtliche Lehre ein rechtsgenüglicher Beitrag i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR vor.[1342] Im Abschluss eines gemeinsamen Mietvertrags manifestiert sich schliesslich der Wille im Innenverhältnis – also gegenüber dem Mitmieter –, gemeinsam gegenüber dem Vermieter durch den einheitlichen Mietvertrag auch rechtlich gebunden zu sein, weshalb kein Gefälligkeitsverhältnis vorliegt, sondern ein rechtlicher Bindungswille zu bejahen ist.[1343] Sind die Voraussetzungen von Art. 530 Abs. 1 OR im Einzelfall erfüllt, begründen die Parteien eine einfache Gesellschaft.

1337 Siehe vorne, S. 55 ff.

1338 Siehe vorne, S. 69 f.

1339 Siehe vorne, S. 70 ff.

1340 Siehe vorne, S. 77 ff.

1341 Siehe vorne, S. 80 ff.

1342 Siehe vorne, S. 85 ff.

1343 Siehe vorne, S. 89.

3. Die einfache Gesellschaft zwischen Ehegatten

Umstritten ist in der Lehre insbesondere das Verhältnis des Eherechts zum Recht der einfachen Gesellschaft. Den Ehegatten steht es gemäss Art. 168 ZGB frei, gemeinsam Verträge zu schliessen. Mithin kann zwischen diesen auch eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR begründet werden.[1344] Die Ehegatten werden durch die Heirat nicht von Gesetzes wegen zu einer Rechtsgemeinschaft (z.B. einfache Gesellschaft). Sofern ein «eheneutraler Zweck» verfolgt wird, können somit auch zwischen Ehegatten Gesellschaftsverhältnisse entstehen.[1345] Eheneutral ist namentlich das (tatsächliche) gemeinsame Wohnen unter einem Dach. Das Zusammenleben konstituiert somit – anders als gegebenenfalls im Konkubinat – keine einfache Gesellschaft.[1346] Schliessen die Ehegatten einen Mietvertrag gemeinsam ab und verfolgen sie den Zweck, gemeinsam zu mieten, handelt es sich um den gemeinsamen Abschluss eines Rechtsgeschäfts, das über die gesetzlichen Vorgaben des Eherechts hinausgeht und nach der hier vertretenen Auffassung einen «eheneutralen» Zweck darstellt.[1347] Das gemeinsam abgeschlossene Rechtsgeschäft schliesst auch den Vollzug ein – also sowohl die Übernahme der Sache als auch den auf Dauer angelegten Gebrauch. Zu diesem Zweck bilden mithin auch Ehegatten eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR.[1348] Diesfalls ist im Einzelfall das Verhältnis zum Eherecht zu klären, das die gesellschaftsrechtlichen Normen gemäss der herrschenden Lehre überlagern.[1349]

4. Teil: Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags ohne Kündigung

1. Die Vertragsaufhebung

Der gemeinsame Mietvertrag kann wie der einfache Mietvertrag ohne Kündigung beendet werden, namentlich durch Aufhebung oder durch vorzeitige Rückgabe der Mietsache. Wie das Zustandekommen setzt die einvernehmliche Aufhebung des gemeinsamen Vertragsverhältnisses übereinstimmende Willenserklärungen sämtlicher Parteien des Mietvertrags voraus.[1350]

1344 Siehe vorne, S. 96 ff.

1345 Siehe vorne, S. 98 ff.

1346 Siehe vorne, S. 102 ff.

1347 Siehe vorne, S. 103.

1348 Siehe vorne, S. 103.

1349 Siehe vorne, S. 104 f.

1350 Siehe vorne, S. 108 f.

2. Die Aufhebung der gemeinsamen Rechtsposition (Parteiwechsel)

Neben der Aufhebung des gesamten Vertragsverhältnisses ist bei der gemeinsamen Miete auch der einvernehmliche Parteiwechsel von praktischer Bedeutung (Vertragsänderung). Problematisch ist insbesondere die konkludente Vertragsänderung (z.B. beim Auszug eines Mieters), deren Vorliegen mittels Auslegung zu ermitteln ist. Zu keiner Vertragsänderung führt die allein vom ausziehenden Mieter gegenüber dem Vermieter ausgesprochene (nichtige) Kündigung oder die blosse Kenntnisnahme des Vermieters des anschliessenden Auszugs aus dem Mietobjekt, etwa durch Mitteilung der Adressänderung oder Anpassung des Briefkastenschildes. Für eine konkludente Vertragsänderung sind vielmehr ein aktives Verhalten oder andere Umstände verlangt, aus denen der ausziehende Mieter auf einen entsprechenden Vertragswillen der übrigen Beteiligten schliessen darf.[1351]

3. Die vorzeitige Rückgabe bei mehreren Mietern und das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zur Erzwingung eines Parteiwechsels

Die Mieter können das Mietobjekt nach Massgabe von Art. 264 OR gemeinsam zurückgeben.[1352] Davon zu unterscheiden ist namentlich der Fall, in dem die Mieter zwar gemeinsam handeln, aber nicht den Mietvertrag vorzeitig beenden wollen, sondern vom Vermieter verlangen, dass das Mietverhältnis von beiden Mietern auf einen verbleibenden Mieter übertragen wird.[1353] Beispielsweise trennt sich ein Konkubinatspaar und schlägt den verbleibenden Partner als Ersatzmieter vor. Bei der Wohnungsmiete lässt sich ein solcher Parteiwechsel nach der hier vertretenen Auffassung gegenüber dem Vermieter jedoch nicht erzwingen. Sowohl eine analoge Anwendung von Art. 264 OR als auch Art. 263 OR ist abzulehnen.[1354] Beim Ersuchen der Mieter, das Mietverhältnis auf den verbleibenden Mieter oder einen Ersatzmieter für den ausziehenden Mieter zu übertragen, handelt es sich um einen Antrag auf Abänderung des Mietvertrags, der vom Vermieter ohne Grund und ohne Rechtsnachteile abgelehnt werden kann.[1355] Die Vertragsparteien können ein Recht auf eine einseitige Vornahme eines Parteiwechsels jedoch vertraglich vereinbaren.[1356]

1351 Siehe vorne, S. 114 ff.

1352 Siehe vorne, S. 119 ff.

1353 Siehe vorne, S. 123 ff.

1354 Siehe vorne, S. 127 ff.

1355 Siehe vorne, S. 130.

1356 Siehe vorne, S. 131 ff.

5. Teil: Beendigung des gemeinsamen Mietvertrags durch Kündigung

1. Die Kündigung als unteilbares Gestaltungsrecht

Sind mehrere Mieter oder Vermieter am Mietvertrag beteiligt, steht die Kündigung nur allen Mietern oder Vermietern gemeinsam zu und muss gegenüber allen Vermietern bzw. Mietern ausgeübt werden, sei es persönlich oder über einen Vertreter; ansonsten ist die Kündigung nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung.[1357] Eine Teilkündigung, d.h. eine Kündigung, die nur mit Bezug auf eine Partei oder einzelne Parteien einer Parteiengruppe ausgesprochen wird, entfaltet keine Rechtswirkung. Unwirksam sind namentlich die Kündigung des Vermieters gegenüber einem einzelnen Mieter, die gemeinsame Kündigung der Mieter nur für einen einzelnen Mieter, die Kündigung des Mieters für «seinen Anteil» oder die Kündigung des gesamten Vertrags, die nur von einem Mieter ausgeht.[1358]

2. Besonderheiten bei Form und Zustellung der Kündigung

Betreffend die Form und Zustellung der Kündigung des gemeinsamen Mietvertrags sind Besonderheiten zu beachten. Namentlich kommen bei Ehegatten die Schutzbestimmungen für Familienwohnungen nach Art. 266m und 266n OR unabhängig davon zur Anwendung, ob die Ehegatten gemeinsam mieten oder nicht.[1359]

3. Verhaltensbedingte Kündigungen bei mehreren Mietern

Der Vermieter kann den Mietvertrag ordentlich oder ausserordentlich kündigen. Wird der vom Vermieter geltend gemachte ordentliche oder ausserordentliche Kündigungsgrund in irgendeiner Form durch das Verhalten der Mieterschaft begründet (verhaltensbedingte Kündigung), gilt im Allgemeinen, dass der von einem einzelnen Mieter gesetzte Kündigungsgrund zur Kündigung durch den Vermieter ausreicht, auch wenn sich der andere Mieter vertragskonform verhält.[1360] Seitens der Mieterschaft ist die Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR von besonderer praktischer Bedeutung. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt es zur Wirksamkeit der Kündigung, wenn der von sämtlichen Mietern geltend gemachte wichtige Grund in den Verhältnissen eines einzigen von mehreren Mietern liegt.[1361]

1357 Siehe vorne, S. 135 f.

1358 Siehe vorne, S. 158 ff.

1359 Siehe vorne, S. 140 ff. und S. 145 ff.

1360 Siehe vorne, S. 162 ff.

1361 Siehe vorne, S. 169 ff.

4. Beendigung der gemeinsamen Miete durch Auflösung und Liquidation des Innenverhältnisses (mittelbare Beendigung)

Bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mietern, und weigert sich ein Mieter, der Kündigung oder einer Aufhebungsvereinbarung zuzustimmen, bleiben sämtliche Mieter durch den Mietvertrag gebunden. Bilden die Mieter eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 OR, kann ein kündigungswilliger Mitmieter bei Vorliegen eines Auflösungsgrundes im Rahmen der Liquidation des Gesellschaftsverhältnisses in aller Regel die Mitwirkung des anderen zur Kündigung (gerichtlich) erzwingen.[1362] Nach der einhelligen Lehre, die sich auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2009 stützt, führt namentlich die Beendigung eines Konkubinats infolge Trennung ohne Weiteres zur Auflösung der zum Zweck des Zusammenlebens gegründeten einfachen Gesellschaft, wegen (subjektiver) Unmöglichkeit der Zweckerreichung.[1363]

6. Teil: Kündigungsschutz beim gemeinsamen Mietvertrag

Der Gegenstand des Kündigungsschutzverfahrens bestimmt sich grundsätzlich durch das Rechtsbegehren der klagenden Partei. Im Vordergrund steht die durch Anfechtungsklage geltend gemachte Ungültigkeit der Kündigung infolge Missbräuchlichkeit nach Art. 271 Abs. 1 und 271a OR und eventualiter die Erstreckung des Mietverhältnisses.[1364] Bei der Anfechtungsklage handelt es sich um eine Gestaltungsklage. Bestehen auf der einen und/oder anderen Seite mehrere Vertragsparteien, kann diese Klage nicht zu einem Urteil führen, das nur gegenüber gewissen Betroffenen wirkt. Folglich besteht zwischen den Parteien prozessual eine notwendige Streitgenossenschaft i.S.v. Art. 70 Abs. 1 ZPO.[1365] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es derweil einem einzelnen Mitmieter grundsätzlich gestattet, die Kündigung des Vermieters selbständig anzufechten, sofern er diejenigen Mitmieter zusammen mit dem Vermieter auf der Passivseite in den Prozess einbezieht, die sich nicht gegen die Kündigung zur Wehr setzen wollen. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung auf die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung[1366] sowie das Begehren um Erstreckung[1367] ausgedehnt. Weiter gilt das Einzelanfechtungsrecht auch bei

1362 Siehe vorne, S. 181 ff.

1363 Siehe vorne, S. 187 ff.

1364 Siehe vorne, S. 207 f.

1365 Siehe vorne, S. 209 ff.

1366 Siehe vorne, S. 216 f.

1367 Siehe vorne, S. 235 f.

der Geschäftsmiete[1368] und der Miete durch Erben.[1369] Zu beachten ist einschränkend jedoch, dass zur Anfechtung der Kündigung nur diejenigen Erben berechtigt sind und der mietrechtliche Kündigungsschutz nur jenen Erben zusteht, die selbst in der betreffenden Wohnung leben oder die Geschäftsräume benützen.[1370] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist materiell-rechtlich zu kritisieren und führt zu prozessualen Unklarheiten, für die vorliegend Lösungen präsentiert wurden.[1371]

7. Teil: Die Rückgabe der Mietsache und ihre Durchsetzung

1. Die Verpflichtung zur Rückgabe durch jeden einzelnen Mitmieter

Bei einer Parteiengruppe ist jeder Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses nach Massgabe von Art. 267 OR vertraglich verpflichtet, das Mietobjekt zurückzugeben.[1372] Es handelt sich um eine unteilbare Leistung i.S.v. Art. 70 Abs. 2 OR.[1373] Bilden die Mieter eine einfache Gesellschaft, stellt hierfür auch Art. 544 Abs. 3 OR eine Rechtsgrundlage dar.[1374] Auch der dingliche Vindikationsanspruch des Eigentümers steht diesem gegen jeden einzelnen Mieter als Mitbesitzer zu.[1375] Weigert sich ein Mitmieter, das Mietobjekt zu verlassen, und schädigt er dadurch den Vermieter, wird der verbleibende Mieter nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Hilfsperson des Mitmieters betrachtet (vgl. Art. 101 OR), der das Objekt verlassen hat. Der Vermieter kann daher auch vom Mitmieter, der das Mietobjekt nach Vertragsbeendigung verlassen hat, die Entschädigung für die verspätete Rückgabe verlangen, selbst wenn dieser den Schaden nicht persönlich verursacht hat.[1376]

2. Besonderheiten bei der gerichtlichen Ausweisung mehrerer Mieter

Der Vermieter kann die Räumung im Rahmen eines Ausweisungsverfahrens von einem einzelnen Mieter verlangen. Die Mieter bilden im Ausweisungsverfahren keine notwendige, sondern eine einfache Streitgenossenschaft.[1377]

1368 Siehe vorne, S. 216 f.
1369 Siehe vorne, S. 215 f.
1370 Siehe vorne, S. 215 f.
1371 Siehe vorne, S. 218 ff.
1372 Siehe vorne, S. 241 ff.
1373 Siehe vorne, S. 243 f.
1374 Siehe vorne, S. 243.
1375 Siehe vorne, S. 244.
1376 Siehe vorne, S. 244 ff.
1377 Siehe vorne, S. 247 f.

Ein Ausweisungsentscheid wirkt jedoch nur zwischen den Prozessparteien und würde zwar zur Ausweisung des betreffenden Mieters, nicht aber anderer Mieter genügen. Der Entscheid wirkt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch auch gegenüber anderen, mit dem Mieter lebenden Personen (z.B. Kinder, Verwandte, Angestellte).[1378]

1378 Siehe vorne, S. 248 f.

Über den Autor:
Ruedi Ackermann hat Rechtswissenschaften an den Universitäten Luzern und East Anglia, UK, studiert. Nach abgeschlossener Anwaltsprüfung war er zwei Jahre als Anwalt in Zürich tätig. Im Sommer 2015 wechselte er als Gerichtsschreiber an das Kantonsgericht Zug. Seit Herbst 2021 ist er ordentlicher Richter am Kantonsgericht.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern hat vorliegende Arbeit am 12. Juli 2022 auf Antrag von Prof. Dr. Jörg Schmid (Erstgutachter) und Prof. Dr. Karin Müller (Zweitgutachterin) als Dissertation angenommen und mit dem Prädikat *magna cum laude* versehen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

038 – Lukas Hussmann: **International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände**
037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference**
036 – Jeremias Fellmann: **Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht**
035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: **Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen**
034 – Nora Camenisch: **Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen**
033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: **20 ans de la transparence à Genève**
032 – Nicolas Leu: **Kritik der objektiven Zurechnung**
031 – Martin Klingler: **Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren**
030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**
026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law** (2nd edition, 2022)
025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)**

022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft**
021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
020 – Raphaël Marlétaz: **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale**
019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
017 – Monika Pfyffer von Altishofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen**
016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d'entreprises**
015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**
012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration**
010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private**
009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**

Die Bücher 001 – 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis,*
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 20. Juni 2023

Abdruck der von der Rechtswissenschaflichen Fakultät der Universität Luzern genehmigten Dissertation.



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-39-1
DOI: 10.38107/039
Korrektorat: Christoph Meyer
Gestaltung: Müller+Hess, Basel
Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

039

DER MIETV
MEHREREN

Mietverträge mit mehreren Mietern sind weit verbreitet (z.B. Wohngemeinschaften oder die Miete durch verheiratete oder unverheiratete Paare). Eine gemeinsame Miete entsteht auch im Erbfall, wenn der verstorbene Mieter mehrere Erben hinterlässt. Auch die gemeinsame Geschäftsraummiete gehört zu den typischen Erscheinungsformen. Das Mietrecht enthält keine besonderen Bestimmungen zur gemeinsamen Miete. Die sich stellenden Rechtsfragen sind nach den allgemeinen privatrechtlichen Rechtsnormen zu beantworten. Die vorliegende Arbeit bietet eine systematische Darstellung des Mietvertrags mit mehreren Mietern und behandelt schwergewichtig die Entstehung der gemeinsamen Miete, das Innenverhältnis zwischen mehreren Mietern und die Beendigung des Mietvertrags.

sui generis
ISBN 978-3-907297-39-1
DOI 10.38107/039